

البحر الرائق

شرح

كنز الدقائق

(في فروع الحنفية)

للشيخ الإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي
المتوفى سنة ٧١٠ هـ

والشرح «البحر الرائق»

للإمام العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجم المصري الحنفي
المتوفى سنة ٩٧٠ هـ

ومعه المراسي الستة

منحة الخالق على البحر الرائق

للعلامة الشيخ محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي
المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ

مبطله وخرج آياته وأهاده
الشيخ زكريا عميرات

تنبيه

وضعنا من كنز الدقائق في أعلى الصفحات، ووضعنا أسفل منه عبارة «البحر الرائق»
ووضعنا في أسفل الصفحات حواشي الشيخ ابن عابدين

الجزء الثالث

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٢٦٤٣٩٨ - ٣٦١١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 30.61.33 - 30.43.98
P.O.Box : 11 9424 Beirut - Lebanon

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب الجنائيات

باب الجنائيات

لما كانت الجناية من العوارض أخرها . وهي في اللغة ما تجنيه من شر أي تحدثه تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم من الفعل، وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجر . وفي الشرع اسم لفعل محرم شرعاً، سواء حل بمال أو نفس إلا أن الفقهاء خصوه بالجنائية على الفعل في النفس والأطراف، وخصوا الفعل في المال باسم الغصب، والمراد هنا خاص وهو ما يكون حرمة بسبب الإحرام أو الحرم، وحاصل الأول أنه الطيب ولبس المخيط وتغطية الرأس أو الوجه وإزالة الشعر من البدن وقص الأظفار والجماع صورة ومعنى أو معنى فقط وترك واجب من واجبات الحج والتعرض للصيد، وحاصل الثاني التعرض لصيد الحرم وشجره فبدأ بالأول من الأول فقال عليه السلام (تجب شاة إن طيب محرم عضواً وإلا تصدق أو خضب رأسه بحناء أو ادهن بزيت) لأن الجنائية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وتتقاصر الجنائية فيما دونه فوجبت الصدقة . وقال محمد: يجب بقدره من الدم اعتباراً للجزء بالكل، فإن كان ذلك يبلغ نصف العضو تجب عليه الصدقة قدر نصف قيمة الشاة، وإن كان يبلغ ربعاً يجب عليه الصدقة قدر ربع قيمة الشاة، وعلى هذا القياس، واختاره الإمام الإسيبجي مقتصرأً عليه من غير نقل خلاف، ثم ما اختاره أصحاب المتون من أن الكثير هو العضو والقليل ما دونه هو ما صرح به الإمام محمد عن الإمام في بعض المواضع، وقد أشار في بعض المواضع إلى أن الدم يجب بالتطيب الكثير والصدقة بالقليل ولم يذكر العضو وما دونه، ففهم من ذلك الفقيه أبو جعفر الهندي أن الكثرة تعتبر في نفس الطيب لا في العضو، فلو كان كثيراً مثل كفين من ماء

باب الجنائيات

تجب شاة إن طيب محرم عضواً وإلا تصدق أو خضب رأسه بحناء أو ادهن بزيت .

الورد وكف من الغالية والمسك بقدر ما يستكثره الناس فإنه يكون كثيراً وإن كان قليلاً في نفسه والقليل ما يستقله الناس وإن كان في نفسه كثيراً وكف من ماء الورد يكون قليلاً. ووفق بعضهم بين القولين وصححه في المحيط وغيره. وقال في فتح القدير: إن التوفيق هو التوفيق بأن الطيب إن كان قليلاً فالعبرة للعضو لا للطيب، فإن طيب عضواً كاملاً لزمه دم، وإن كان أقل فصدقة، وإن كان الطيب كثيراً فالعبرة للطيب لا للعضو حتى لو طيب به ربع عضو يلزمه دم وفيما دونه صدقة، ونظيره ما قاله محمد في تقدير النجاسة الكثيرة: اعتبر المساحة في النجاسة الرقيقة واعتبر الوزن في النجاسة الكثيفة اهـ. ما في المحيط. وحاصله أن ما في المتون محمول على ما إذا كان الطيب قليلاً، أما إذا كان كثيراً فلا اعتبار بالعضو، ولا يخفى أن ما ذكره محمد من اعتبار العضو صريح، وما ذكره من الكثرة إشارة يمكن حملها على المصرح به فيتحد القولان ويترجح ما في المتون من اعتبار العضو وهو كالرأس والساق والفخذ واليد.

وفي المبسوط والمحيط: إذا خضبت المرأة كفها بحناء يجب عليها دم قال: وجعل الكف عضواً كاملاً. وحقيقة التطيب أن يلزق بيده أو ثوبه طيباً، وما زاده في فتح القدير من فراشه فراجع إليهما. والطيب جسم له رائحة طيبة مستلذة كالزعفران والبنفسج والياسمين والغالية والريحان والورد والورس والعصفر، ولا فرق بين أن يلتزق بثوبه عينه أو رائحته فلذا صرحوا أنه لو بخر ثوبه بالبخور فتعلق به كثير فعليه دم، وإن كان قليلاً فصدقة لأنه انتفاع بالطيب بخلاف ما إذا دخل بيتاً قد أجم فيه فعلق بشيابه رائحة فلا شيء عليه لأنه غير منتفع بعينه. ولا بأس أن يجلس في حانوت عطار، ولا فرق أيضاً بين أن يقصده أولاً ولذا قال في

قوله: (وإن التوفيق هو التوفيق) أي التوفيق بين القولين هو التوفيق المعتبر أو هو التوفيق من الله تعالى. وقوله «بأن الطيب» متعلق بقوله «ووفق بعضهم» والمراد به شيخ الإسلام وغيره كما في الفتح، أو متعلق بالتوفيق الثاني لكنه ليس هو لفظ ما في الفتح لأنه بعدما ذكر التوفيق. قال: والتوفيق هو التوفيق قوله: (وما زاده في فتح القدير من فراشه) حيث قال بعدما عرف التطيب بما ذكره المؤلف ولا فرق في المنع بين بدنه وإزاره وفراشه اهـ. ولا يخفى أنه لم يزد على البدن والثوب كما يوهمه كلام المؤلف قوله: (بخلاف ما إذا دخل بيتاً الخ) انظره مع قوله عقبه ولا فرق أيضاً بين أن يقصده أو لا قوله: (ولا فرق أيضاً بين أن يقصده أو لا) قال في اللباب: ثم لا فرق في وجوب الجزاء فيما إذا جنى عامداً أو خاطئاً، مبتدأً أو عائداً، ذاكراً أو ناسياً، عالماً أو جاهلاً، طائعاً أو مكرهاً، نائماً أو متنبهاً، سكراناً أو صاحياً، مغمى عليه أو مفيقاً، معذوراً أو غيره، موسراً أو معسراً، بمباشرة أو بمباشرة غيره، بأمره أو بغيره، ففي هذه الصور جميعها يجب الجزاء وهذا هو الأصل عندنا لا يتغير غالباً فاحفظه اهـ. قال شارحه: ولعله أشار «أي بقوله غالباً إلى ما سيأتي من

المبسوط: وإن استلم الركن فأصاب فمه أو يده خلوف كثير فعليه دم وإن كان قليلاً فصدقة. وفي المجمع: ونوجه في الناسي لا الصبي ونعكس في شمه وأكل كثيره موجب له، وفي قليله صدقة بقدره اهـ. فعلم أن مفهوم شرطه أنه لو شم الطيب فإنه لا يلزمه شيء وإن كان مكروهاً كما لو توسد ثوباً مصبوغاً بالزعفران، وما ذكره المصنف قاصر على الطيب الملتزق بالبدن، وأما الملتزق بالثياب فلم يمكن اعتبار العضو فيه فيعتبر فيه كثرة الطيب وقلته وهو مرجح بقول الهندواني المتقدم فإنه يعم البدن والثوب ولا يجوز له أن يمسك مسكاً في طرف إزاره. وفي فتح القدير: وكان المرجع في الفرق بين القليل والكثير العرف إن كان وإلا فما يقع عند المبطل. وما في المجرّد إن كان في ثوبه شبر في شبر فمكث عليه يوماً يطعم نصف صاع من بر، وإن كان أقل من يوم فصدقة يفيد التنصيص على أن الشبر في الشبر داخل في حد القليل وعلى تقدير الطيب في الثوب بالزمان بخلاف تطيب العضو فإنه لا يعتبر فيه الزمان حتى لو غسله من ساعته فالدم واجب كما في فتح القدير، ولذا أطلقه في المتن. قيد بكونه تطيب وهو محرم لأنه لو تطيب قبل الإحرام ثم انتقل بعده من مكان إلى آخر من بدنه فإنه لا شيء عليه اتفاقاً. وإذا وجب الجزء بالتطيب فلا بد من إزالته من بدنه أو ثوبه لأنه معصية فلا بد من الإقلاع عنها. وذبح الهدي لا يبيح بقاءه فلو لم يزله بعدما كفر له اختلفوا

أنه إذا طيب محرم محرماً لا شيء على الفاعل ويجب على المفعول الجزء اهـ. قوله: (وفي المجمع ونوجه في الناسي الخ) أشار بالجملة الفعلية المضارعة المصدرة بنون الجماعة إلى خلاف الشافعي كما هو مصطلحه. قال ابن الملك في شرحه: ونوجه أي الدم في الناس أي في جنابة من جنى على إحرامه ناسياً. وقال الشافعي: لا شيء عليه لا الصبي بالجر معطوف على الناسي يعني لا يجب على الصبي المحرم في جنابته شيء عندنا. وقال الشافعي: يجب عليه ونعكس الحكم السابق وهو الواجب يعني لا يجب في شمه أي شم المحرم طيباً. وقال الشافعي: يجب عليه دم وأكل كثيره أي أكل المحرم كثيراً من الطيب بحيث يلتزق بكل فمه أو أكثره موجب له أي للأكل دماً عند أبي حنيفة. وذكر الوجوب باللام تضميناً فيه معنى، الإلزام، وفي قليله صدقة بقدره أي بقدر الدم يعني، إن التزق الطيب بثلاث فمه يلزمه صدقة تبلغ ثلث الدم، وإن التزق بنصفه فصدقة تبلغ نصفه عند أبي حنيفة. وقالوا. لا شيء عليه في أكل الطيب قل أو كثر لأنه استهلاك لا استعمال قوله: (فعلم أن مفهوم شرطه الخ) أي الشرط الواقع في المتن بقوله: أن طيب وهو تفريع على ما في المجمع قوله: (وعلى تقدير الطيب في الثوب بالزمان الخ) معطوف على قوله «على أن الشعر الخ». وفي اللباب: لا يشترط بقاء الطيب في البدن زماناً لوجوب الجزء ويشترط ذلك في الثوب. فلو أصاب جسده طيب كثير فعليه دم وإن غسل من ساعته، وينبغي أن يأمر غيره فيغسله. وإن أصاب ثوبه فحكه أو غسله فلا شيء عليه وإن كثر، وإن مكث عليه يوماً فعليه دم وإلا فصدقة اهـ. قوله: (فلا بد من إزالته الخ) وينبغي أن يأمر غيره أي إن وجد غير محرم فيغسله لثلاً يصير عاصياً باستعماله حال غسله وإن

في وجوب دم آخر لبقائه، وأظهر القولين الوجوب لأن ابتداءه كان محظوراً فيكون لبقائه حكم ابتدائه والرواية توافقه وهي ما في المبتغى عن محمد: إذا مس طيباً كثيراً فأراق له دماً ثم ترك الطيب على حاله يجب عليه لتركه دم آخر، ولا يشبه هذا الذي تطيب قبل أن يحرم ثم أحرم وترك الطيب لأنه لم يكن محظوراً واختاره في المحيط. وفي فتح القدير: وقد علم من بيانه حكم العضو وما دونه أن ما زاد عليه فهو كالعضو كما صرحوا به. ثم إنما تجب كفارة واحدة بتطيب كل البدن إذا كان في مجلس واحد فإن كان في مجالس فلكل طيب كفارة كفر للأول أولاً عندهما. وقال محمد: عليه كفارة واحدة ما لم يكفر للأول. وإن داوى قرحة بدواء فيه طيب ثم خرجت قرحة أخرى فداواها مع الأولى فليس عليه إلا كفارة ما لم تبرأ الأولى. ولو كان الطيب في أعضاء متفرقة يجمع ذلك كله، فإن بلغ عضواً كاملاً فعليه دم وإلا فصدقة. وفي المحيط: اكتحل بكحل ليس فيه طيب فلا بأس به، وإن كان فيه طيب فعليه صدقة إلا أن يكون مراراً كثيرة قدم. والمراد بالمرار المرتان فأكثر كما صرح به قاضيخان في فتاواه وقال: لو جعل الملح الذي فيه طيب في طعام قد طبخ وتغير وأكله لا شيء عليه وإن لم يطبخ وريحه يوجد منه يكره ذلك ولا شيء عليه، ولو جعل الزعفران في الملح فإن كان الزعفران غالباً فعليه كفارة، وإن كان الملح غالباً لا كفارة عليه اهـ.

وأشار بقوله «شاة» إلى أن سبع البدنة لا يكفي في هذا الباب بخلاف دم الشكر، ولو

زال الطيب بصب الماء اكتفى به. شرح اللباب قوله: (فإن بلغ عضواً كاملاً) الظاهر أن المراد أصغر عضو من الأعضاء التي أصابها الطيب كما في انكشاف أعضاء العورة في الصلاة وليراجع المنقول. قوله: (فلا بأس به) قال في شرح اللباب: إلا أن الأولى تركه لما فيه من الزينة إلا إذا كان عن ضرورة اهـ. قوله: (والمراد بالمرار المرتان فأكثر) تأويل بعيد ينفيه قوله «كثيرة» على أن عبارة قاضيخان هكذا: وإن اكتحل بكحل فيه طيب مرة أو مرتين عليه الدم في قول أبي حنيفة رحمه الله انتهت. وهكذا نقلها عنه في الفتح. وفيه عن المبسوط: إذا اكتحل بكحل فيه طيب عليه صدقة إلا أن يكون كثيراً فعليه الدم. قال: وما في فتاوى قاضيخان يفيد تفسير المراد بقوله إلا أن يكون كثيراً أنه الكثرة في الفعل لا في نفس الطيب المخالط فلا يلزم الدم بمرة واحدة وإن كان الطيب كثيراً في الكحل ويشعر بالخلاف لكن ما في كافي الحاكم من قوله: فإن كان فيه طيب يعني الكحل ففيه صدقة إلا أن يكون ذلك مراراً كثيراً فعليه دم لم يحك فيه خلافاً، ولو كان لحكاه ظاهراً كما هو عادة محمد رحمه الله اللهم إلا أن يجعل موضع الخلاف ما دون الثلاث كما يفيد تنصيبه على المرة والمرتين، وما في الكافي المرار الكثيرة اهـ. وما ذكره المؤلف عن المحيط هو ما في الكافي وهو قولهما، وما في الخاتمة قول الإمام وبوافقه ما في السراج. وعن محمد: اكتحل بكحل مطيب مرة أو مرتين فعليه صدقة، وإن كان مراراً كثيرة فعليه دم فقد صرح بالخلاف قوله: (وأشار بقوله شاة إلى أن سبع البدنة لا يكفي الخ) قال في الشرنبلالية بعد نقله هذه العبارة عنه: لكن قال بعده فيما لو أنسد حجه بجماع في أحد

قال المصنف «عضوه» بالإضافة كان أولى لما في الفتاوى الظهيرية: وإذا لبس المحرم محرماً أو حلالاً مخيطاً أو طيبه بطيب فلا شيء عليه بالإجماع، وكذلك إذا قتل قملة على غيره اهـ. وقوله: «أو خضب رأسه» معطوف على «طيب». وإنما صرح بالحناء مع دخولها تحت الطيب لقوله عليه السلام «الحناء طيب» للاختلاف. وإنما اقتصر على الرأس ولم يذكر اللحية كما وقع في الأصل ليفيد أن الرأس بانفرادها مضمونة وأن الواو بمعنى «أو» في عبارة الأصل بدليل الاختصار على الرأس في الجامع الصغير. ولما كان مصرحاً فيما يأتي بأن تغطية الرأس موجبة للدم لم يقيد الحناء بأن تكون مائعة، فإن كانت ملبدة فيه دمان دم للتطيب مطلقاً ودم للتغطية إن دام يوماً وليلة وغطى الكل أو الربع، فلو كان التلييد بغير الحناء لزمه دم أيضاً. والتلييد أن يأخذ شيئاً من الخطمي والآس والصمغ فيجعله في أصول الشعر ليتلبد، وما ذكره رشيد الدين في مناسكه «وحسن أن يلبد رأسه قبل الإحرام» مشكل لأنه لا يجوز استصحابه التغطية الكائنة قبل الإحرام بخلاف الطيب. كذا في فتح القدير. ويشكل عليه ما في الصحيحين عن ابن عمر أن حفصة زوج النبي ﷺ قالت: يا رسول الله ما شأن الناس حلوا ولم تحل أنت من عمرتك؟ قال: إني لبدت رأسي وقلدت هدي فلا أحل حتى أنحر. فلا فرق بين التلييد والطيب فإن كلا منهما محظور بعد الإحرام. وجاز استصحاب الطيب الكائن قبل الإحرام بالسنة فكذلك التلييد قبله بالسنة. وقيد الخضاب بالرأس لأن المحرمة لو خضبت

السبيلين أنه يقوم الشرك في البدنة مقامها أي الشاة اهـ. فليتأمل اهـ. قلت: وقد نقلت في أواخر باب القران عن الفهستاني ما هو خلافه أيضاً صريحاً ومثله ما يذكره في باب الهدي. قوله: (ودم للتغطية الخ) قال في الشرنبلالية: يشكل بقولهم إن التغطية بما ليس بمعتاد لا توجب شيئاً اهـ. قال في حاشية مسكين: المراد بما يغطي به عادة ما للفاعل في فعله لغرض صحيح كما لو كانت التغطية بالحناء أو الوسمة للتداوي من نحو صداع بدليل التمثيل لما لا تكون التغطية موجبة للدم بالجوارق والإجانة فلا إشكال اهـ. واعترض بأن التغطية بالجوارق والإجانة قد تكون لغرض صحيح كدفع الحر والبرد وقد نصوا أنه لا شيء في ذلك اهـ. اللهم إلا أن يقال: إن تلييد الشعر معتاد عند أهل البوادي ونحوهم فيدخل في التغطية المعتادة تأمل قوله: (ويشكل عليه ما في الصحيحين الخ) أجاب عنه العلامة المقدسي في شرحه بقوله أقول: لا ريب في وجوب حمل فعله عليه السلام على ما هو سافع بل ما هو أكمل، فالتلييد الذي فعله يسير لا يحصل به تغطية ولا يمنع ابتداء فعله في الإحرام ولا بقاءه، والموجب للدم يحمل على المبالغة فيه بحيث تحصل منه تغطية اهـ. ويمكن حمل ما ذكره رشيد الدين على هذا فليتأمل قوله: (وقيد الخضاب بالرأس الخ) قال في النهر: فيه نظر والتحقيق أن الرأس مثال لا قيد والمراد بها العضو حتى لو خضب بها عضواً من أعضائه وجب، وهذا لأن من اعتبر في حد الكثرة العضو لا معنى للتفريق على قوله بين الرأس وغيره ولهذا سوى في الفتح بين

يدها أو كفها فعليها دم إن كان كثيراً فاحشاً، وإن كان قليلاً فعليها صدقة كما ذكره الأسبيجاني وغيره بخلاف خضاب الرأس بالحناء فإنه موجب للدم مطلقاً. وأما خضاب اللحية فوقع في الهداية أن كلاً من الرأس واللحية مضمون ولم يقل بالدم، وزاد الشارح أن كلاً منهما مضمون بالدم وهو سهو منه لأن اللحية مضمونة بالصدقة كما في معراج الدراية معزياً للمبسوط، وقيد بالحناء لأنه لو خضب بالوسمة فليس عليه دم ولكن إن خاف أن يقتل الهوام أطعم شيئاً لأن فيه معنى الجناية من هذا الوجه ولكنه غير متكامل فيلزمه الصدقة كما في المبسوط. والوسمة - بسكون السين وكسرهما وهو الأفصح - شجر يخضب بورقه. وفي الهداية: وعن أبي يوسف إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا صحيح اهـ. يعني ينبغي أن لا يكون فيه خلاف لأن التغطية موجبة بالاتفاق غير أنها للعلاج فلهذا ذكر الجزاء ولم يذكر الدم. والحناء منون في عبارة المصنف لأنه فعال لا فعلاء ليمنع صرفه ألف التأنيث.

وقوله: «أو ادهن بزيت» معطوف على قوله «طيب» أطلقه فشمّل ما إذا كان مطبوخاً أو غير مطبوخ، مطبياً أو غير مطيب، ولم يقيد بالكثير لما علم من تقييده في الطيب لأنه إذا فرق في الطيب بين العضو وما دونه فالزيت أولى لأنه لا خلاف في الطيب، وفي الزيت الذي ليس بمطيب ولا مطبوخ خلافاً فقالا: يجب فيه صدقة لأن الجناية فيه قاصرة لأنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقاً لمعنى قتل الهوام وإزالة الشعث. وقال الإمام: يجب دم لأنه أصل

الرأس واليد فقال: وكذا لو خضبت يدها بها ولم يقيد بقلّة ولا كثرة. وما في الأسبيجاني مبني على اعتبار الكثرة في نفس الطيب ولا تنس ذلك التوفيق قوله: (وهو سهو منه) قال في النهر: هو الساهي وذلك أن صاحب المعراج إنما نقل هذا عن المبسوط فيما لو اختضب بالوسمة فقال ما لفظه: ذكر في المبسوط خضب رأسه بالوسمة فعليه دم للخضاب بل لتغطية الرأس. هذا هو الصحيح فإن خضب لحيته فليس عليه دم ولكن إن خاف من قتل الدواب أعطى شيئاً لأن فيه معنى الجناية من هذا الوجه لكونه غير متكامل فيلزمه الدم والصدقة منهما أي من خضاب الرأس فإنه مضمون بالدم، وخضاب اللحية فإنه مضمون بالصدقة كما ذكر في المبسوط اهـ. وكيف يكون ما في الجامع دليلاً على أن كلاً منهما مضمون على ما توهم ولا اشتراك بينهما إذ وجوب الدم يغيّر وجوب الصدقة ويلزمه إيجاب الصدقة أيضاً فيما لو دهنها بالخطمي وقد جزموا فيه بوجوب الدم عنده اهـ. وقال في الشرنبلالية قلت: والمراد بالصدقة هنا غير المصطلح عليها بتقديرها بنصف صاع بل أعم لقوله في المعراج «أعطي شيئاً» فإطلاق صاحب البحر فيه ما فيه من هذا القليل أيضاً قوله: (باعتبار أنه يغلف رأسه) أي يغطيه. وقوله «وهذا» أي تأويل أبي يوسف بالتغليف صحيح لأن تغطية الرأس توجب الجزاء.

الطيب باعتبار أنه يلقي فيه الأنوار كالورد والبنفسج فيصير نفسه طيباً ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفت والشعث. وأراد بالزيت دهن الزيتون والسمسم وهو المسمى بالشيرج فخرج بقية الأدهان كالشحم والسمن، وقيد بالأدهان لأنه لو أكله أو داوى به شقوق رجله أو أقطر في أذنه لا يجب دم ولا صدقة بخلاف المسك والعنبر والغالية والكافور ونحوها حيث يلزم الجزء بالاستعمال على وجه التداوي لكنه يتخير إذا كان لعذر كما سيأتي، وكذا إذا أكل الكثير من الطيب وهو ما يلتزق بأكثر فمه فعليه الدم. قال في فتح القدير: وهذه تشهد لعدم اعتبار العضو مطلقاً في لزوم الدم بل ذاك إذا لم يبلغ مبلغ الكثرة في نفسه على ما قدمناه، وقد قدمنا عن قاضيه خان أنه لو خلط الطيب بطعام من غير طبخ فالعبرة للغالب، فإن كان الطيب مغلوباً فلا شيء أصلاً، زاد بعضهم إلا أنه يكره إذا كان رائحته توجد فيه، وإن كان غالباً فهو كالخالص، وهكذا في المحيط وغيره. وقالوا: ولو خلطه بمشروب وهو غالب ففيه الدم، وإن كان مغلوباً فصدقة إلا أن يشرب حراراً فدم، فإن كان للتداوي خير. وينبغي أن يسوي بين المأكول والمشروب المخلوط كل منهما بطيب مغلوب، إما بعدم شيء أصلاً كما هو الحكم في المأكول أو بوجوب الصدقة فيهما كما هو الحكم في المشروب. وما فرق به في المحيط من أن الطيب مما يقصد شربه فإذا خلطه بمشروب لم يصير تبعاً لمشروب. وما فرق به في المحيط من أن الطيب مما يقصد شربه فإذا خلط بمشروب لم يصير تبعاً لمشروب مثله إلا أن يكون المشروب غالباً كما لو خلط اللبن بالماء فشربه الصبي تثبت حرمة الرضاع إلا أن يكون الماء غالباً بخلاف أكله فإنه ليس مما يقصد عادة، فإذا خلط بالطعام صار تبعاً للطعام وسقط حكمه، ففيه نظر من وجهين: الأول أن من الطيب ما يقصد أكلاً إذا كان من المأكولات للمعنى القائم به وهو الطيبة إما مداواة أو تنعماً منفرداً أو مخلوطاً كما يقصد شرباً. الثاني أن القصد من هذا الباب ليس بشرط لأن

قوله: (لكنه يتخير إذا كان لعذر) أي يتخير بين الدم والصوم والإطعام قوله: (وكذا إذا أكل الكثير من الطيب الخ) وإن كان قليلاً بأن لم يلتصق بأكثر فمه فعليه الصدقة. وهذا كله إذا أكله كما هو أي من غير خلط أو طبخ، أما إذا خلطه بطعام قد طبخ كالزعفران فلا شيء عليه، سواء مسه النار أو لا، وسواء يوجد ريحه أو لا إلا أنه يكره إن وجد ريحه. وإن خلط بما يؤكل بلا طبخ كالزعفران بالملح فالعبرة بالغلبة، فإن كان الغالب الملح فلا شيء عليه غير أنه إن كان رائحته موجودة كره أكله، وإن كان الغالب الطيب ففيه الدم (لباب) قوله: (فهو كالخالص) أي فيجب الجزء وإن لم تظهر رائحته. كذا في الفتح قوله: (وينبغي أن يسوي الخ) أقول: لم يفرق الزيلعي في المخلوط بالمأكول بين الغالب والمغلوب، وظاهر كلامه عدم الفرق بينه وبين المشروب فإنه قال: لو أكل زعفراناً مخلوطاً بطعام أو طيب آخر ولم تمسه النار يلزمه دم، وإن مسته فلا شيء عليه. وعلى هذا التفصيل في المشروب اهـ. وهو ظاهر ما يأتي عن الحلبي أيضاً

أو لبس مخيطاً أو غطى رأسه يوماً وإلا تصدق أو حلق ربع رأسه أو لحيته وإلا

الناسي والعامد والجاهل سواء. وذكر الحلبي في مناسكه أني لم أرهم تعرضوا بماذا تعتبر الغلبة وظهر لي أنه إن وجد في المخالط رائحة الطيب كما قبل الخلط وحس الذوق السليم بطعمه فيه حساً ظاهراً فهو غالب وإلا فهو مغلوب لأن المناط كثرة الأجزاء. ثم قال: لم أرهم تعرضوا في هذه المسألة في التفصيل أيضاً بين القليل والكثير كما في مسألة أكل الطيب وحده وأنه بإثباته فيها أيضاً لجدير. ويقال: إن كان الطيب غالباً وأكل منه أو شرب كثيراً فعليه الكفارة وإلا فصدقة، وإن كان مغلوباً وأكل منه أو شرب كثيراً فصدقة وإلا فلا شيء عليه. ولعل الكثير ما يعده العارف العدل الذي لا يشوبه شره ونحوه كثيراً والقليل ما عده ثم قال: ولا شيء في أكل ما يتخذ من الحلواء المبخرة بالعود ونحوه، وإنما يكره إذا كانت رائحته توجد منه بخلاف الحلواء المسمى بالقاووت المضاف إلى أجزائها المأورد والمسك، فإن في أكل الكثير دماً والقليل صدقة والله سبحانه وتعالى أعلم بحقائق الأحوال.

قوله: (أو لبس مخيطاً أو غطى رأسه يوماً وإلا تصدق) معطوف على «طيب» بيان للثاني والثالث من النوع الأول، وجمع بينهما لأن الحكم فيهما واحد من حيث التقدير بالزمان، فإن قوله «يوماً» راجع إلى اللبس والتغطية، وكذا قوله «وإلا تصدق» أي وإن كان لبس المخيط وتغطية الرأس أقل من يوم لزمه صدقة لما علم أن كمال العقوبة بكمال الجنائية وهو بكمال الارتفاق وهو بالدوام لأن المقصود من كل منهما دفع الحر والبرد واليوم يشتمل عليهما

قوله: (وظهر لي أن وجد الخ) انظر هل يمكن أن يجري هنا ما مر عن الفتح من الفرق بين القليل والكثير في الثوب. ثم إن هذا الفرق ينافيه ما قدمناه عن الفتح من أنه إذا كان الطيب غالباً يجب الجزاء وإن لم تظهر رائحته فإنه يقتضي أن المناط كثرة الأجزاء لا وجود الرائحة تأمل قوله: (ثم قال الخ) يعني أنهم أوجبوا الكفارة فيما إذا أكل أو شرب مما كان الطيب فيه غالباً ولم يفصلوا بين ما إذا أكل أو شرب من ذلك قليلاً أو كثيراً، وكذا فيما إذا كان مغلوباً، وينبغي التفصيل المذكور فإنه يبعد أن يجب بأكل لقمة مثلاً كما يجب بأكل الكثير قوله: (وأكل منه أو شرب كثيراً) الضمير يعود إلى المخلوط بالطيب الغالب طعاماً أو شراباً قوله: (فإن في أكل الكثير دماً والقليل صدقة) قال في الشرنبلالية: يتأمل في الحكم المسك المضاف إلى الحلوى مع ما قدمناه من اختلاطه بما يؤكل ويطبخ وفيما إذا لم يطبخ هـ. أي فإن الذي تقدم أنه إن جعله في طعام ويطبخ فلا شيء عليه، وإن خلطه بما يؤكل بلا طبخ فإن كان مغلوباً فلا شيء عليه، وإن كان غالباً وجب الجزاء وإن لم تظهر رائحته. وعلى هذا فالظاهر أن هذه الحلوى غير مطبوخة وأن طيبها غالب ليوافق ما تقدم قوله: (لما علم إن العقوبة بكمال الجنائية الخ) مقتضاه أنه لو أحرم بنسك وهو لبس المخيط وأدى ذلك النسك بتمامه في أقل من يوم وحل منه أن تلزمه صدقة إلا أن يوجد نص صريح بخلافه. فإن قلت: التجرد عن المخيط في النسك واجب مطلقاً، سواء طال زمن إحرامه أم قصر، والتقدير باليوم والليلة إنما هو فيما إذا طال زمن الإحرام إما إذا قصر

فوجب الدم والجنابة قاصرة فيما دونه فوجبت الصدقة. والتحقيق أن تغطية الرأس من جملة لبس المخيط فهي جنابة واحدة لما سيأتي أنه لو لبس القميص والعمامة يلزمه دم واحد، عللوا بأن الجنابة واحدة. وحقيقة لبس المخيط أن يحصل بواسطة الخياطة اشتمال على البدن واستمسك فلذا لو ارتدى بالقميص أو اتشح أو اتزر بالسراويل فلا بأس به لأنه لم يلبسه لبس المخيط لعدم الاشتمال، وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين ولم يزره لعدم الاشتمال، أما إذا أدخل يديه أو زرّه فهو لبس المخيط لوجودهما بخلاف الرداء فإنه إذا اتزر به لا ينبغي أن يعقده بحبل أو غيره، ومع هذا لو فعل لا شيء عليه لأنه لم يلبسه لبس المخيط لعدم الاشتمال. أطلق في اللبس فشمّل ما إذا أحدث اللبس بعد الإحرام أو أحرم وهو لا يسه فدام على ذلك بخلاف انتفاعه بعد الإحرام بالطيب السابق عليه قبله للنص ولولا لأوجبنا فيه أيضاً. وشمّل ما إذا كان ناسياً أو عامداً عالماً أو جاهلاً مختاراً أو مكرهاً فيجب الجزاء على النائم لو غطى إنسان رأسه لأن الارتفاق حصل له وعدم الاختيار أسقط الإثم عنه كالنائم المنقلب على شيء ألقفه. وشمّل ما إذا لبس ثوباً واحداً أو جمع اللباس كله القميص والعمامة والخفين ولذا لم يقل لبس ثوباً كغيره، وبين المصنف حكم اليوم وما دونه ولم يذكر حكم الزائد عليه ليفيد أنه كالיום، فلو لبس المخيط ودام عليه أياماً أو كان ينزعه ليلاً ويعاوده نهراً أو عكسه يلزمه دم واحد ما لم يعزم على الترك عند النزع، فإن عزم عليه ثم لبس تعدد الجزاء لكفر للأول أولاً وفي الثاني خلاف محمد ولو لبس يوماً فأراق دمًا ثم داوم على لبسه يوماً آخر كان عليه دم آخر بلا خلاف لأن للدوام فيه حكم الابتداء. وفي

فقد حصل له في نسكه ارتفاق كامل فيكون تاركاً لواجب من واجبات إحرامه، فينبغي أن يجب الدم؟ قلت: لا شك في نفاسته ولكن يحتاج إلى نقل صريح. ١ هـ ملخصاً من حاشية المدني عن شرح المنسك للشيخ عبد الله العفيف، وفيها عن فتاوى تلميذه الفاضل عبد الله أفندي عتّاق أنه مال إلى وجوب الدم قوله: (والتحقيق أن تغطية الرأس الخ) قال في النهر: التحقيق أن بين لبس المخيط والتغطية عموماً وخصوصاً مطلقاً فيجتمعان في التغطية في نحو العرقية المخيطة، وتنفرد التغطية بوضع نحو الشاش مما ليس مخيطاً على رأسه وهذا كافٍ في حصة التغاير قوله: (بواسطة الخياطة) يرد عليه اللباد المشتغل باللصق فإنه ليس فيه خياطة مع أنه عد من المخيط اللهم إلا أن يراد بالخياطة انضمام بعض الأجزاء ببعضها (شرح اللباب) قوله: (أو جمع اللباس كله) أي في مجلس واحد. كذا في شرح اللباب. ومفاده أنه لو اختلف المجلس في يوم واحد تعدد الجزاء وسنذكر عنه قريباً ما يخالفه قوله: (ما لم يعزم على الترك الخ) أي لم ينزعه على عزم الترك بل نزعه على قصد أن يلبسه ثانياً أو خلعه ليلبس بدله كذا في شرح اللباب. فقد أفاد أن خلعه لتبديله بغيره لا يتعدد به الجزاء فليحفظ فإنه كثير الوقوع قوله: (وفي الثاني) أي فيما إذا لم يكفر للأول قوله: (وعندي المودع) كذا في هذه النسخة بإضافة عند إلى ياء المتكلم وهكذا رأيتها في

الفتاوى الظهيرية: وعندى المودع إذا لبس قميص الوديفة بغير إذن المودع فنزعه بالليل للنوم فسرق القميص في الليل، فإن كان من قصده أن يلبس القميص من الغد لا يعد هذا ترك الخلاف والعود إلى الوفاق حتى يضمن، وإن كان من قصده أن لا يلبس القميص من الغد كان هذا ترك الخلاف حتى لا يضمن. فالحاصل أن اللبس شيء واحد ما لم يتركه ويعزم على الترك اهـ.

واعلم أن ما ذكرناه من إيجاب الجزاء إذا لبس جميع المخيط محله ما إذا لم يتعدد سبب اللبس فإن تعدد كما إذا اضطر إلى لبس ثوب فلبس ثوبين فإن لبسهما على موضع الضرورة فعليه كفارة واحدة يتخير فيها، وإن لبسهما على موضع الضرورة وغيره لزمه كفارتان يتخير فيما للضرورة فقط. ومن صور تعدد اللبس واتحاده ما إذا كان به مثلاً حى يحتاج إلى اللبس

الظهيرية وفي سائر النسخ بدون ياء قوله: (فالحاصل الخ) قال في اللباب: (تنبيه): قد يتعدد الجزاء في لبس واحد بأمور: الأول التكفير بين اللبسين بأن لبس ثم كفر ودام على لبسه ولم ينزعه. والثاني تعدد السبب. والثالث الاستمرار على اللبس بعد زوال العذر. والرابع حدوث عذر آخر. والخامس لبس المخيط المصبوغ بطيب للرجل. ويتحد الجزاء تعدد اللبس بأمور منها: اتحاد السبب وعدم العزم على الترك عند النزاع وجمع اللباس كله في مجلس أو يوم اهـ. قال شارحه: أي مع اتحاد السبب ثم قال: واعلم أنه ذكر بعضهم ما يفيد أن اليوم في اتحاد الجزاء في حكم اللباس كالمجلس في غيره من الطيب والخلق والقص والجماع كما سيأتي لأنه ذكر الفارسي والطرابلسي أنه إن لبس الثياب كلها معاً ولبس خفين فعليه دم واحد، وإن لبس قميصاً بعد يومه ثم لبس في يومه سراويل ثم لبس خفين وقلنسوة عليه كفارة واحدة، فقيد باليوم لا بالمجلس. وفي الكرمانى: ولو جمع اللباس كله في يوم واحد فعليه دم واحد لوقوعه على جهة واحدة وسبب واحد فصار كجنائية واحدة، ومثله ما ذكره بعضهم في حلق الرأس إذا حلق في أربعة مجالس عليه دم واحد. وقيل عليه أربع دماء وقد صرح في منية الناسك بتعدد الجزاء في تعدد الأيام حيث قال: وإن لبس العمامة يوماً ثم لبس القميص يوماً آخر ثم الخفين يوماً آخر ثم السراويل يوماً آخر فعليه لكل لبس دم اهـ قوله: (كما إذا اضطر إلى لبس ثوب فلبس ثوبين) قال في الفتح وكذلك نحو أن يضطر إلى لبس قميص فلبس قميصين أو قميصاً وجبة أو اضطر إلى لبس قلنسوة فلبسها مع عمامته اهـ. وكذا في المعراج. وغاية البيان، وإنما ذكرنا ذلك لأن المؤلف سيذكر ما يخالفه عند قوله «وإن تطيب أو لبس الخ» فتنبه له قوله: (فإن لبسهما على موضع الضرورة فعليه كفارة واحدة) وكذا إذا لبسهما على موضعين لضرورة بهما في مجلس واحد بأن لبس عمامة وخفاً بعذر فيهما فعليه كفارة واحدة وهي كفارة الضرورة لأن اللبس على وجه واحد فتجب كفارة واحدة كذا في شرح اللباب قوله: (ومن صور تعدد اللبس) كذا في النسخ التي رأيتها، والذي في الفتح والنهر عن السبب بدل اللبس قوله: (وذكر الحلبي في مناسكه أن مقتضاه الخ) قال في النهر: والحكم في المذهب مسطور كذلك ثم ساق عن الفتح مسألة الحمى

لها ويستغنى عنه في وقت زوالها فإن عليه كفارة واحدة وإن تعدد اللبس ما لم تزل عنه، فإن زالت وأصابه مرض آخر أو حمى غيرها فعليه كفارتان كفر للأولى أولاً خلافاً لمحمد في الثاني. وكذا إذا حصره عدو فاحتاج إلى اللبس للقتال أياماً يلبسها إذا خرج إليه وينزعها إذا رجع فعليه كفارة واحدة ما لم يذهب هذا العدو، فإن ذهب وجاء عدو غيره لزمه كفارة أخرى. والأصل في جنس هذه المسائل أنه ينظر إلى اتحاد الجهة واختلافها لا إلى صورة اللبس كيف كانت، ولو لبس لضرورة فزالت فدام بعدها يوماً ويومين فما دام في شك من زوال الضرورة فليس عليه إلا كفارة واحدة، وإن تيقن زوالها كان عليه كفارة أخرى لا يتخير فيها. هكذا ذكروا. وذكر الحلبي في مناسكه أن مقتضاه أنه إذا لبس شيئاً من المخيط لدفع برد ثم صار ينزع ويلبس كذلك ثم زال ذلك البرد ثم أصابه برد آخر غير الأول عرف ذلك بوجه من الوجوه المفيدة لمعرفته فلبس لذلك أنه يجب عليه كفارتان اهـ. وشمل كلامه أيضاً ما إذا لم يجد غير المخيط فلذا قال في المجمع: ولو لم يجد إلا السراويل فلبسها ولم يفتقه نوجه أي الدم. وأطلق في التغطية فانصرفت إلى الكامل وهو ما يغطي به عادة كالقلنسوة والعمامة فخرج ما لا يغطي به عادة كالطست والإجانة والعدل فلا شيء عليه. وعلى هذا يفرع ما في الظهيرية: ما لو دخل المحرم تحت ستر الكعبة وإن كان يصيب وجهه ورأسه فهو مكروه لا شيء عليه وإلا فلا بأس به، وظاهر ما في المتون يقتضي أنه لا بد من تغطية جميع الرأس في لزوم الدم، وما رأيت رواية ولهذا لم يصرحوا بحكم ما دونها وإنما المنقول عن الأصل اعتبار الربع ومشى عليه كثير واختاره في الظهيرية مقتصراً عليه، وعزاه في الهداية إلى أنه عن أبي حنيفة، وعن محمد اعتبار الأكثر وهو مروى عن أبي يوسف أيضاً كما اعتبر أكثر اليوم في لزوم الدم، واختاره في فتح القدير من جهة الدراية. فالخلاص أن الربع راجح رواية والأكثر

السابقة قوله: (وما رأيت رواية) أي ما رأيت ظاهر ما في المتون مروياً، وقوله «ولهذا» علة لقوله «يقتضى» لا لقوله «وما رأيت» والضمير في «لم يصرحوا» لأصحاب المتون. وفي شرح الباب: واعلم أنه إذا استر بعض كل منهما أي الوجه والرأس. فالمشهور من الرواية عن أبي حنيفة أنه اعتبر الربع فتغطية ربع الرأس، يجب ما يجب بكلمة كما ذكر في غير موضع وهو الصحيح على ما قاله غير واحد. وعن أبي يوسف أنه يعتبر أكثر الرأس على ما نقل عنه صاحب الهداية والكافي والمبسوط ونقله في المحيط والذخيرة والبدائع والكرمانى عن محمد لكن قال الزيلعي: وقياس قول محمد أن يعتبر فيه الوجوب بحسابه من الدم اهـ. وكذا الحكم في الوجه على ما نص عليه في المبسوط والوجيز وغيرهما. وأما ما في خزانة الأكمل «وإن غطى ثلث رأسه أو ربعه لا شيء عليه بخلاف الحلق» فهو شاذ يخالف لكلام غيره بل لكلامه أيضاً فإنه قال في موضع آخر وتغطية ربع وجهه أو ربع رأسه يجب ما يجب بكلمة اللهم إلا أن يقال: أراد بقوله «لا شيء عليه» أي من الدم لا من الصدقة ويكون بناء على قولهما لا على قول الإمام الأعظم والله أعلم اهـ قوله: (فأفاد أن الليلة كالיום)

تصدق كالحالق أو رقبته أو إبطيه أو أحدهما أو محجمه وفي أخذ شاربه حكومة عدل

راجع دراية باعتبار أن تكامل الجناية لا يحصل بما دون الأكثر بخلاف حلق ربع الرأس فإنه معتاد. ويتفرع على هذا ما لو عصب رأسه بعصابة فعلى اعتبار الربع إن أخذت قدره من الرأس لزمه دم، وإن كان أقل فصدقة. فما في المبسوط والظهيرية من أنه لو عصب رأسه يوماً فعليه صدقة، محمول على ما إذا لم تأخذ قدر الربع أو مفرع على اعتبار الأكثر. وأراد بالرأس عضواً يحرم تغطيته على المحرم فدخل الوجه، فلو غطى ربه لزمه دم رجلاً كان أو امرأة، وخرج ما لا يحرم تغطيته فلا شيء عليه لو عصب موضعاً آخر من جسده ولو كثر لكنه يكره من غير عذر كعقد الإزار وتحليل الرداء، ولا بأس بأن يغطي أذنيه وقفاه ومن لحيته ما هو أسفل من الذقن بخلاف فيه وعارضه وذقنه، ولا بأس بأن يضع يده على أنفه دون ثوب. وبين المصنف حكم اليوم وما دونه فأفاد أن الليلة كالיום كما صرح به في غاية البيان والمحيط لأن الارتفاق الكامل الحاصل في اليوم حاصل في الليلة وأن ما دونها كما دونه. وأطلق في وجوب الصدقة فيما دون اليوم فشمّل الساعة الواحدة وما دونها خلافاً لما في خزانة الأكمّل أنه في ساعة واحدة نصف صاع وفي أقل من ساعة قبضة من بر ولما روي عن محمد أن في لبس بعض اليوم قسطه من الدم كثلث اليوم فيه ثلث الدم وفي نصفه نصفه. ومن الغريب ما في فتاوى الظهيرية هنا فإن لبس ما لا يحل له لبسه من غير ضرورة أراق لذلك دماً فإن لم يجد صام ثلاثة أيام اهـ. فإن الصوم لا مدخل له في وجوب الجناية بل يكون الدم في ذمته إلى الميسرة وإنما يدخل الصوم فيما إذا فعل شيئاً للعذر كما سيأتي.

قوله: (أو حلق ربع رأسه أو لحيته وإلا تصدق كالحالق أو رقبته أو إبطيه أو أحدهما أو محجمة) معطوف على «طيب»، وقوله «أو لحيته» بالجر معطوف على «رأسه» أي حلق ربع لحيته، وقوله «وإلا» أي وإن كان حلق أقل من ربع الرأس أو أقل من ربع اللحية يلزمه صدقة كما يلزم المحرم إذا حلق رأس غيره وقوله أو رقبته وما عطف عليه معطوف على الربع أي يجب الدم بحلق المحرم رقبته كلها أو بحلق إبطيه أو أحدهما أو بحلق محجمه. والمحجمة هنا بالفتح موضع المحجمة من العنق، والمحجمة بالكسر قارورة الحجام، وكذا المحجم بطرح الهاء. وقولهم يجب غسل المحاجم يعني مواضع الحجام من البدن. كذا في المغرب. وإنما

أي فإذا لبس ليلة وجب دم كما في اليوم. قال في شرح اللباب: والظاهر أن المراد مقدار أحدهما فيفيد أن من لبس من نصف النهار إلى نصف الليل من غير انفصال، وكذا في عكسه لزمه دم كما يشير إليه قوله «وفي أقل من يوم وليلة صدقة» وتماه فيه. وفي حاشية المدني قال الشيخ حنيف الدين المرشدي: ولم أر ذلك لغيره فيما اطلعت عليه من المناسك وغيرها اهـ قوله: (خلافاً لما في خزانة الأكمّل الخ) قال في النهر: وهو ظاهر في أنه أراد بالساعة الفلكية قوله: (كما سيأتي) أي عند قول المصنف «وإن تطيب أو لبس أو حلق بعذر» لكن فيه كلام سنذكره قوله: (وأراد المصنف بالحلق الإزالة الخ) يشمل التقصير ففي

كان حلق ربع الرأس أو ربع اللحية موجباً للدم لتكامل الجناية بتكامل الارتفاق لأن بعض الناس يعتاده بخلاف تطيب ربع العضو فإن الجناية فيه قاصرة، وكذا تغطية ربع الرأس على قول من اعتبر الأكثر. وإذا حلق أقل من الربع فيهما تقاصرت الجناية فوجبت الصدقة، واعتبار الربع في الحلق رواية الجامع الصغير اعتمدها المشايخ، وأما رواية الأصل فاعتبار الثلث. وفي المحيط: وعند أبي حنيفة يجب الدم بحلق الأكثر اهـ. وأراد المصنف بالحلق الإزالة سواء كان بالموسى أو بغيره، وسواء كان مختاراً أولاً، فلو أزاله بالنورة أو نتف لحيته واحترق شعره بخبزة أو مسه بيده فسقط فهو كالحلق كما في المحيط وغيره بخلاف ما إذا تناثر شعره بالمرض أو النار فلا شيء عليه لأنه ليس للزينة وإنما هو شين. كذا في المحيط أيضاً. وأطلق في وجوب الصدقة فيما إذا حلق أقل من ربع الرأس أو اللحية فشمّل ما إذا بقي شيء بعد الحلق أولاً، فكذا لو كان أصلع على ناصيته أقل من ربع الرأس فإنما فيه صدقة، وكذا لو حلق كل رأسه وما عليه أقل من ربع شعره كما أطلق وجوب الدم بحلق الربع، فلذا لو كان على رأسه قدر ربع شعره لو كان شعر رأسه كاملاً ففيه دم. قال في فتح القدير: وعلى هذا يجيء مثله فيمن بلغت لحيته الغاية في الخفة وعلم من إيجابه الدم بحلق أحد الإبطين أو الإبطين أن جنابة الحلق واحدة وإن تعددت في البدن، فلذا لو حلق رأسه ولحيته وإبطيه بل كل بدنه في مجلس واحد فدم واحد بشرطين: الأول أن لا يكون كفر للأول، فلو أراق دماً لحلق رأسه ثم حلق لحيته نزمه آخر. الثاني أن يتحد المجلس فلذا اختلف المجلس فلكل مجلس موجب جنائته إن تعدد المحل كما ذكرنا، وإن اتحد قدم واحد.

اللباب أن حكمه حكم الحلق في وجوب الدم به والصدقة، فلو قصر كل الرأس أو ربعه فعليه دم وفي أقل من الربع صدقة، ولو قصرت المرأة قدر أنملة من ربع شعرها فعليها دم. قال شارحه: أي على ما صرح به في الكافي والكرمانى وهو الصواب قياساً على التحلل، ووقع في الكفاية شرح الهداية أن التقصير لا يوجب الدم اهـ قوله: (وعلى هذا يجيء الخ) أي إن كان قدر ربعها كاملة ففيه دم وإلا فصدقة كما في اللباب قوله: (الثاني أن يتحد المجلس) هذا مستغنى عنه لأن فرض المسألة فيه فلو أسقط أولاً من كلامه قوله «في مجلس واحد» لاستقام قوله: (وإن اختلف المجلس) «إن» وصلية ولو حذف هذه الجملة لكان أقرب للفهم لأن قوله «وإن اتحد» تصريح بمفهوم قوله «إن تعدد المحل» وهو مفروض فيما إذا اختلف المجلس وحكم ما إذا اتحد المجلس مفهوماً بالأولى قوله: (كما إذا حلق الرأس في مجلس) قال في اللباب: فعليه دم واحد اتفاقاً. وكذا نقل المؤلف الاتفاق فيما سيأتي عند الكلام على قص الأظفار. قال في شرح اللباب: لأنها أجناس متفقة ولو كانت في مجالس مختلفة. كذا في الفتح ومنسك الفارسي وغيرهما، وإليه أشار في الكافي وشرح الكنز وفي البحر الزاخر، قدم واحد بالإجماع ويخالفه بظااهر ما ذكره الخبازي في حاشيته على الهداية إذا حلق ربع الرأس ثم حلق ثلاثة أرباعه في أزمان متفرقة تجب عليه أربعة دماء،

وإن اختلف المجلس كما إذا حلق الرأس في مجالس وخالف محمد فيما إذا تعدد المحل فألحقه بما إذا اتحد، وظاهر قول المصنف «وإلا تصدق» أن في إزالته لشعر الرأس أو اللحية إذا كان أقل من الربع نصف صاع ولو كان شعرة واحدة فإلهم قالوا: كل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة كما أن واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين: من طاف للزيارة جنباً أو حائضاً أو نفساء، ومن جامع بعد الوقوف بعرفة قبل الطواف فإنه بدنة. كذا في الهداية وغيرها لكن ذكر قاضيخان في فتاواه أنه إن نتف من رأسه أو من أنفه أو لحيته شعرات فلكل شعرة كف من طعام. وفي خزانة الأكمل: في خصلة نصف صاع. فظهر بهذا أن في كلام المصنف اشتباهاً لأنه لم يبين الصدقة ولم يفصلها.

وأطلق في لزوم الصدقة على الخالق فشمل ما إذا كان محرماً، سواء كان المحلوق محرماً أولاً أو حلالاً والمحلوق رأسه محرم، ولا يرد عليه ما إذا كانا حلالين لأنه ليس بجناية منهما وكلامه فيما يكون جناية. وإنما لزمه الصدقة فقط لقصور جنايته لأنه ينتفع بإزالة شعر غيره انتفاعاً قليلاً بخلاف المحلوق، وإنما صار جناية من الخالق الحلال باعتبار أن شعر المحرم

لأن حلق كل ربع جناية موجبة للدم فإذا اختلف أزمان وجودها نزل ذلك بمنزلة اختلاف المكان في تلاوة آية السجدة فلا يتداخل ا هـ. والظاهر أن مراده بالأزمان الأيام لا المجالس المتعددة في يوم واحد ا هـ قوله: (وخالف محمد فيما إذا تعدد المحل) كذا في بعض النسخ، وفي بعضها «المجلس» بدل «المحل» وكلاهما صحيح لأن خلافه فيما إذا تعدد المحل والمجلس قوله: (فشمل ما إذا كان محرماً الخ) قال في النهر: إن في كلامه اشتباهاً أيضاً وذلك أن المحلوق رأسه لو كان حلالاً وكان الخالق محرماً تصدق بما شاء وفي غيره نصف صاع ا هـ. وسينه عليه المؤلف قبيل قوله «أو قص أظفار يديه» قوله: (أو حلالاً) أي أو كان الخالق حلالاً والمحلوق رأسه محرم فتلزمه صدقة. ومشى في اللباس على أنه لا شيء على الخالق في هذه الصورة ثم قال: وقيل عليه صدقة. ونقل شارحه ما مشى عليه في اللباب عن البدائع والكرماني والعناية والحاوي، ونقل ما عبر عنه بقيل عن الزيلمي وابن اهام والشمسي ثم قال: ووجهه غير ظاهر إذ الحلال غير داخل في موجبات محظورات الإحرام، وهل يحرم عليه أو يباح فعله هذا أو يكره؟ الظاهر الآخر وذكر وجهه. وذكر أيضاً وجه الفرق بين ما إذا حلق المحرم رأس غيره حيث تجب الجناية وبين ما إذا لبس المحرم محرماً لباساً غيظاً حيث لا يجب عليه شيء فراجع قوله: (لأنه ينتفع الخ) قال في الفتح: إذ لا شك في تأذي الإنسان بتفت غير مجده من رأس إنساناً نائر الرأس شعثها وسخ الثوب تفل الرائحة وما سن غسل الجمعة إلا لذلك قوله: (باعتبار أن شعر المحرم استحق الأمن الخ) أي بخلاف ما إذا لبس المحرم محرماً غيظاً أو طيبه فإنه لا شيء عليه بالإجماع كما قدمه المؤلف عن الظهيرية، وكذا لو غطى رأسه ووجهه كما في اللباب فلا شيء على الفاعل لأنه لم يزل الأمن عن مستحقه لكن يرد عليه ما في عبارة الظهيرية

استحق الأمن وقد أزاله عنه فكان جانياً. وإذا كان المحلوق رأسه مكرهاً وجب الدم عليه ولا رجوع له على الخالق عندنا كذا في المحيط. وظاهر كلامه أنه لا بد من حلق جميع الرقبة والإبط والمحجمة في لزوم الدم بكل منهم، فلو بقي من الرقبة أو الإبط شيء لا يلزمه دم وإن كان قليلاً ولهذا قال الأسيبجي: ولو حلق من أحد الإبطين أكثره وجبت الصدقة. فعلى هذا فما صرح به من المحيط من أن الأكثر من الرقبة كالكل في لزوم الدم وأن الأصل أن كل عضو له نظير في البدن لا يقوم أكثره مقام كله، وكل عضو لا نظير له في البدن كالرقبة يقوم أكثره مقام كله. وما في فتاوى قاضيهان من أن في الإبط إذا كان كثير الشعر يعتبر فيه الربع لوجوب الدم وإلا فالأكثر، ضعيف لأنه لم يقيد أحد حلق ربع غير اللحية والرأس فليس فيه ارتفاق كامل، ولهذا قال الشارح: ثم الربع من هذه الأعضاء لا يعتبر بالكل لأن العادة لم تجر في هذه الأعضاء بالاعتصار على البعض فلا يكون حلق البعض ارتفاقاً كاملاً حتى لو حلق أكثر الإبط لا يجب عليه إلا صدقة بخلاف الرأس واللحية هـ. فالمذهب ما في الكتاب من اعتبار الربع في الرأس واللحية والكل في غيرها في لزوم الدم. وأراد بالرقبة وما عطف عليها ما عدا الرأس واللحية كالصدر والساق والعانة كالرقبة لكن في فتاوى قاضيهان: وفي حلق العانة دم إن كان الشعر كثيراً هـ. فشرط كثرة الشعرة فصار الحاصل أن فيما عدا الرأس واللحية إن حلق عضواً كاملاً فعليه دم، وإن كان أقل فعليه صدقة. وفي المبسوط: ومتى حلق عضواً مقصوداً بالخلق فعليه دم، وإن حلق ما ليس بمقصود فصدقة ثم قال: ومما ليس بمقصود حلق الصدر والساق ورجحه في فتح القدير، ودفع ما في الهداية من أنه مقصود بطريق التنوير بأن القصد إلى حلقهما إنما هو في ضمن غيرهما إذ ليست العادة تنوير الساق وحده بل تنوير المجموع من الصلب إلى القدم فكان بعض المقصود بالخلق، فالخلق أن يجب كل منهما الصدقة هـ. فعلى هذا فالتقييد بالرقبة وما عطف عليه للاحتراز عن الصدر والساق بما ليس بمقصود. وأطلق في المحجمة وهو مقيد بما إذا كان الخلق لهذا الموضع وسيلة إلى الحجامة، فلو حلقها ولم يحتج لمزومه صدقة لأنه غير مقصود كما في فتح

السابقة من قوله: وكذا لو قتل قملة على غيره فإنها مستحقة الأمن تأمل. وأما لو قلم أظافير غيره فإن حكمه حكم الخلق. قال في شرح اللباب: وفي المحيط وقاضيهان وجوامع الفقه إذا قص المحرم أظافير غيره فحكمه كحكم الخلق، وعن محمد رواية أنه لا شيء عليه. وفي البدائع: وإن قلم المحرم أظافير حلال أو محرم أو قلم الحلال أظافير محرم فحكمه كحكم الخلق هـ. قوله: (فالخلق أن يجب) كذا في نسخة، وفي عامة النسخ «والخلق» وهو تحريف والصواب الأولى قوله: (وأطلق في المحجمة إلى قوله كما في فتح القدير) قال في النهر: لم أجده في نسختي منه هـ. وكأنه نظر في غير محله أو سقط من نسخته ونصه قوله لأنه لا يتوصل إلى المقصود إلا به فيفيد أنه إذا لم تترتب الحجامة على موضع المحاجم لا يجب الدم لأنه أفاد أن كونه مقصوداً إنما هو للتوصل به إلى الحجامة فإذا لم تعقبه

القدير. وفي فتح القدير: واعلم أنه يجمع المتفرق في الحلق كما في الطيب. وفي الهداية ذكر في الإبطين الحلق هنا وفي الأصل التنف وهو السنة. وفي النهاية: وأما العانة فالسنة فيها الحلق لما جاء في الحديث «عشر من السنة منها الاستحداد»^(١) وتفسيره حلق العانة بالحديد.

قوله: (وفي أخذ شاربه حكومة عدل) مخالف لما أفاده أولاً بقوله «ولا تصدق» فإن الشارب بعض اللحية وهو إذا كان أقل من الربع ففيه الصدقة ومبني على ضعيف وهو قول محمد في تطيب بعض العضو حيث قال: يجب بقدره من الدم، وأما المذهب فوجوب الصدقة. فالحاصل كما في المحيط أن في حلق الشارب ثلاثة أقوال: المذهب وجوب الصدقة كما ذكره في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد وصححه في غاية البيان والمبسوط لأنه تبع للحية وهو قليل لأنه عضو صغير، وسواء حلقه كله أو بعضه. والقول الثاني ما ذكره في الكتاب تبعاً لما في الهداية أنه ينظر إلى الشارب كم يكون من ربع اللحية فيلزمه من الصدقة بقدره حتى لو كان مثل ربع ربعها لزمه ربع قيمة الشاة أو ثمنها فثمنها. وفي فتح القدير: والواجب أن ينظر إلى نسبة المأخوذ من ربع اللحية معتبراً معها الشارب كما يفيد ما في المبسوط من كون الشارب طرفاً من اللحية هو معها عضواً واحداً لا أنه ينسب إلى ربع اللحية غير معتبر الشارب معها، فعلى هذا إنما يجب ربع قيمة الشاة إذا بلغ المأخوذ من الشارب ربع المجموع من اللحية مع الشارب لا دونه اهـ. القول الثالث لزوم الدم بحلقه لأنه مقصود بالخلق يفعل الصوفية وغيرهم، وقد ظن صاحب الهداية من تعبير محمد في الجامع الصغير هنا بالأخذ أن السنة قص الشارب لا حلقه رداً على الطحاوي القائل بسنية الحلق

الجحامة لم يقع وسيلة فلم يكن مقصوداً فلا تجب إلا الصدقة. وعبرة شرح الكنز واضحة في ذلك حيث قال في دليلهما: ولأنه قليل فلا يوجب الدم كما إذا حلقه بغير الجحامة، وفي دليله أن حلقه لمن يجتمع مقصود وهو المعتبر بخلاف الحلق لغيرها. اهـ بحروفه قوله: (وفي النهاية وأما العانة الخ) اختلف في العانة التي يسن حلقها، فالمشهور الذي عليه الجمهور أنه ما حول ذكر الرجل وفرج المرأة من الشعر، وقيل يسن حلق جميع ما على القبل والدبر وحولهما. ويحصل أصل السنة بأي وجه كان من الحلق والقص والتنف واستعمال النورة إذ المقصود حصول النظافة إلا أن الأحسن في هذه السنة الحلق بالموسى لأنه أنظف. كذا في حاشية نوح أفندي قوله: (رداً على الطحاوي الخ) حيث قال: القص حسن. وتفسيره أن يقص حتى ينتقص عن الإطار. وهو بكسر الهمزة لمتقي الجلد واللعن من الشفة، وكلام المصنف أي صاحب الهداية على أن يحاذيه ثم قال الطحاوي: والحلق أحسن وهذا

(١) رواه البخاري في كتاب الاستئذان باب ٥١. مسلم في كتاب الطهارة حديث ٤٩. أبو داود في كتاب الترجل باب ٤٩. الترمذي في كتاب الأدب باب ١٤ النسائي في كتاب الطهارة باب ٦٨، أحمد في مسنده (٢/٢٢٩).

وفي شارب حلال أو قلم أظفاره طعام وقص أظفار يديه ورجليه بمجلس أو يداً أو

وليس كما ظن لأن محمداً لم يقصد هنا بيان السنة وإنما قصد بيان حكم هذه الجناية بإزالة الشعر بأي طريق كان، ولهذا ذكر الحلق في الإبط. واختار في الهداية سنية التتف لا الحلق ولأن الأخذ أعم من الحلق لأن الحلق أخذ وليس القص متبادراً من الأخذ والوارد في الصحيحين «أحفوا الشوارب واعفوا اللحى»^(١) وهو المبالغة في القطع، فبأي شيء حصل حصل المقصود غير أنه بالحلق بالموسى أيسر منه بالقصة فلذا قال الطحاوي: الحلق أحسن من القص وقد يكون مثله بسبب بعض الآلات الخاصة بقص الشارب، وأما ذكر القص في بعض الأحاديث فالمراد منه المبالغة في الاستئصال. وبما قررناه اندفع ما في البدائع من أن الصحيح أن السنة فيه القص وإعفاء اللحية تركها حتى تكث وتكثر والسنة قدر القبضة فما زاد قطعه.

قوله: (وفي شارب حلال أو قلم أظفاره طعام) أي يجب طعام على محرم أخذ شارب حلال أو قلم أظفاره لأن إزالته عن غيره ارتفاق لكنه قاصر فوجبت الصدقة أو لأنه أزال الأمن عن الشعر المستحق له، ثم المصنف تبع صاحب الهداية في جمعه بين الشارب وتقليم الأظفار في وجوب الطعام ولم يذكر الصدقة، وقد تعبه في غاية البيان بأنه إن أراد بالطعام

قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، والمذهب عند المتأخرين من مشايخنا أن السنة القص ١ هـ. كذا في الفتح قوله: (لأن الحلق أخذ) قال في الفتح: والذي ليس أخذاً هو التتف قوله: (وهو المبالغة في القطع) قال نوح أفندي: والمراد بالإحفاء هنا قطع ما طال على الشفتين حتى تبدو الشفة العليا لا القص من أصله، فالمعنى بالغوا في قص ما طال من الشوارب حتى يبين طرف الشفة العليا بياناً ظاهراً. ويستحب الابتداء بقص الجهة اليمنى من الشارب، واختلفوا هل يقص طرفاه أيضاً وهما المسميان بالسباليين أم يتركهما كما يفعله كثير من الناس؟ قيل لا بأس بترك سباليه فعل ذلك عمر وغيره، وقيل كره بقاء السبال لما فيه من التشبه بالأعاجم بل بالمجوس وأهل الكتاب وهذا أولى بالصواب لما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث ابن عمر قال: ذكر لرسول الله ﷺ المجوس فقال: إنهم يوفرون سبالهم ويحلقون لحاهم فخالطوهم، فكان ابن عمر يحز كما تحز الشاة أو البعير. قال الحافظ بن حجر في شرح البخاري: وأما الشارب فهو الشعر الثابت على الشفة العليا، واختلف في جانبيه وهما السبالان فقليل هما من الشارب فيشرع قصهما معه، وقيل هما من جملة شعر اللحية ١ هـ. فعلى هذا يحمل ما روي عن عمر إن ثبت أنه كان يذهب إلى الثاني والله تعالى أعلم ١ هـ قوله: (وإعفاء اللحية تركها الخ) قال في غاية البيان: اختلف الناس في إعفاء اللحى ما هو فقال بعضهم تركها حتى تطول فذاك إعفاؤها من غير قص ولا قصر، وقال أصحابنا: الإعفاء تركها حتى تكث

ما يعم القليل والكثير فهو غير صحيح بالنسبة إلى تقليص الأظفار لأن المنصوص عليه في الرواية أن المحرم إذا قص أظافير حلال فإنه يجب عليه صدقة وهي نصف صاع، وإن أراد به الصدقة التي هي نصف صاع التي هي المراد عند إطلاقهم الصدقة في هذا الباب فلا يصح أيضاً لأن المحرم إذا حلق شاربه وجبت عليه الصدقة، فإذا حلق شارب غيره أطعم ما شاء كسرة خبز أو كفاً من طعام لقصور الجنابة، وقد وقع التعبير بإطعام شيء وجوباً للمسألتين في الجامع الصغير لكنه أتى بـ«من» التبعية في تقليص الأظفار فقال في المحرم يأخذ من شارب الحلال أو يقص من أظفاره يطعم ما شاء، فسلم من الاعتراض فيكون المراد بما شاء العموم هـ. وأشار في فتح القدير إلى جوابه بأن المنقول في الأصل وكافي الحاكم أن المحرم إذا حلق رأس حلال تصدق بشيء، وإذا حلق رأس محرم فعليه صدقة، وأن الجواب في قص الأظفار كالجواب في الحلق هـ. فقله في غاية البيان أن المحرم إذا قص أظافير حلال وجبت عليه الصدقة المعينة نصاً معارض بالمنصوص عليه في ظاهر الرواية من التصديق بشيء وهو يعم القليل والكثير بدليل مقابله بما إذا حلق رأس محرم، فحينئذ المراد بالطعام في عبارة الهداية ما يعم القليل والكثير وهو صحيح بالنسبة إلى الشارب والأظفار كلها. وبهذا علم أن التقييد بالحلال ليخرج ما إذا قص المحرم أظافير محرم آخر فإنه يجب عليه الصدقة المعينة، وظاهر ما في غاية البيان يقتضي أنه إذا حلق شارب غيره محرماً كان أو حلالاً فإنه يطعم ما شاء، فليس الحلال قيداً بالنسبة إلى الشارب كما لا يخفى. وعلم أيضاً أن قوله فيما مضى «كالحالق» فيه اشتباه بالنسبة إلى المخلوق رأسه فإنه إن كان محرماً فالتشبيه تام، وإن كان حلالاً فلا يتم لأن الواجب إطعام شيء لا الصدقة المعينة.

قوله: (أو قص أظفار يديه ورجليه بمجلس أو يداً أو رجلاً وإلا تصدق كخمسة متفرقة) معطوف على «طيب» أول الباب فيلزمه دم بالقص لأنه من المحظورات لما فيه من قضاء التفت وإزالة ما ينمو من البدن، فإذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل، وكذا إذا قص يداً أو رجلاً إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق، وإن لم يقص يداً كاملة ولا رجلاً كاملة فعليه

وتكثر القص سنة فيها وهو أن يقبض الرجل لحيته فما زاد منها على قبضة قطعها، كذلك ذكر محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة قال: وبه نأخذ، وذكر هنالك عن ابن عمر أنه كان يفعل ذلك قوله: (والسنة قدر القبضة الخ) تقدم الكلام على ذلك في كتاب الصوم قبيل فصل العوارض.

قوله: (وفي الأول خلاف محمد) أي فإنه يقيده بما إذا لم يكفر للأول قوله: (وفي قوله وإلا تصدق اشتباه الخ) قال في النهر: وإنما قال «كخمسة متفرقة» مع دخولها في قوله «إلا تصدق» إيماء إلى أنه ليس المراد بالصدقة نصف صاع فقط بل كما يتصدق في قص خمسة متفرقة وقد استقر أنها عن كل ظفر نصف صاع وبه اندفع ما في البحر هـ فليتأمل قوله: (بل يلزمه لكل ظفر قصة

رجلاً وإلا تصدق كخمسة متفرقة ولا شيء بأخذ ظفر منكسر وإن تطيب أو لبس أو

صدقة لتقاصر الجنابة. قيد بالمجلس لأنه لو قص الكل في مجالس في كل مجلس عضو لزمه أربعة دماء لأن الغالب في هذه الكفارة معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آية السجدة، سواء كفر للأولى أو لا، وفي الأول خلاف محمد. وقيد التداخل بكونه من جنس واحد لأنه لو قلم أظافير يده وحلق ربع رأسه وطيب عضواً فإنه يلزمه لكل جنابة دم، سواء اتحد المجلس أو اختلف اتفاقاً. وقيد بكون المحل مختلفاً لأنه لو كان متحداً كما إذا حلق الرأس في أربع مرات فإنه لا تتعدد الكفارة اتفاقاً، اتحد المجلس أو اختلف. وفيد بكونها كفارة في الإحرام لأن كفارة الفطر في رمضان كما إذا أفسد أياماً من رمضان تتعدد إن كفر للأول وإن لم يكفر فكفارة واحدة اتفاقاً لأنها شرعت للزجر، فالغالب فيها معنى العقوبة وهذه شرعت لجبر النقصان. وفي قوله «إلا تصدق» اشتباه لأنه يقتضي أن يلزمه صدقة واحدة فيما إذا لم يقص يداً كاملة أو رجلاً كاملة وليس كذلك، بل يلزمه لكل ظفر قصه نصف صاع من بر حتى لو قص ستة عشر ظفراً من كل عضو أربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين إلا أن يبلغ ذلك دماً فحيث ينقص ما شاء. كذا في المبسوط. وإنما صرح بالخمسة المتفرقة مع أنها فهمت مما ذكره لدفع قول محمد المنقول في المجمع أن الخمسة المتفرقة كطرف كامل فيجب دم فأفاد أن في كل ظفر من الخمسة صدقة كما قررناه قوله: (ولا شيء بأخذ ظفر منكسر) لأنه لا ينمو بعد الانكسار فأشبه اليابس من أشجار الحرم. قيد بالانكسار لأنه لو أصابه أذى في كفه فقص أظافيره فعليه أي الكفارات شاء. كذا في غاية البيان. وأطلقه فشمّل ما إذا كان قد انكسر بعد الإحرام فأخذه أو كان منكسراً قبله فأخذه بعده وهو أولى مما في الهداية كما لا يخفى، وأولى مما في الخانية من قوله «ولو انكسر ظفر المحرم وصار بحال لا يثبت فأخذه فلا شيء عليه» لأن العلة المذكورة تشمل الكل. وفي فتح القدير: وكلما يفعل العبد المحرم مما فيه الدم عيناً أو الصدقة عيناً فعليه ذلك إذا عتق لا في الحال ولا يبدل

الغ) ذكر في الباب في بحث الجنابة على الصيد أن كل صدقة تجب في الطواف فهي لكل شوط نصف صاع، أو في الرمي فلكل حصاة صدقة، أو في قلم الأظفار فلكل ظفر، أو في الصيد ونبات الحرم فعلى قدر القيمة اه قوله: (فحيث ينقص ما شاء) وقيل يتصدق بنصف صاع (لباب) قوله: (وهو أولى مما في الهداية) أي حيث قيده بالمحرم كما في الخانية. قال في النهر: لكن لا يخفى عليك أن التقيد بالمحرم يفهم أن لا شيء بأخذ ظفر الحلال بالأولى فالبعبارتان على حد سواء قوله: (مما فيه الدم عيناً أو الصدقة عيناً) قيد بذلك احترازاً عما فيه الصوم فإنه يؤاخذ به للحال كما سيجيء في الفصل بعده عند قوله «أو أفسد حجة بجماع» قوله: (وحيث فلف العمامة عليها حرام موجب للدم أو الصدقة كما قدمناه) لم يقدم ذلك بل قدمنا عن الفتح والمعراج والغاية ما هو صريح في خلافه،

حلق بعذر ذبح شاة أو تصدق بثلاثة أصوع على ستة أو صام ثلاثة أيام.

بالصوم قوله: (وإن تطيب أو لبس أو حلق بعذر ذبح شاة أو تصدق بثلاثة أصوع على ستة أو صام ثلاثة أيام) لقوله تعالى ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسْكَ﴾ [البقرة: ١٩٦] وكلمة «أو» للتخيير وقد فسرهما رسول الله ﷺ بما ذكرنا. والآية نزلت في المعذور وهو كعب بن عجرة الذي أذاه هو أم رأسه فأبيح له الحلق كما في صحيح البخاري. وهي وإن نزلت في حلق الرأس لكن قيس الطيب واللبس والقص عليه لوجود الجامع وهو المرض أو الأذى. كذا في غاية البيان. وظاهر النهاية أنه إلحاق له بطريق الدلالة لأنه في معنى المنصوص عليه وهو الأولى لما عرف في الأصول أن ما ثبت بخلاف القياس فغيره عليه لا يقاس فهو كإلحاق الأكل والشرب بالجماع في كفارة الفطر في رمضان. وفسر العذر المبيح كما ذكره قاضيخان في فتاواه بخوف الهلاك من البرد والمرض أو لبس السلاح للقتال. وهكذا في الظهيرية وفتح القدير، ولعل المراد بالخوف الظن لا مجرد الوهم فإذا غلب على ظنه هلاكه أو مرضه من البرد جاز له تغطية رأسه مثلاً أو ستر بدنه بالمخيط لكن بشرط أن لا يتعدى موضع الضرورة فيغطي رأسه بالقلنسوة فقط إن اندفعت الضرورة بها، وحينئذ فلف العمامة عليها حرام موجب للدم أو الصدقة كما قدمناه. وكذا إذا اندفعت الضرورة بلبس جبة فلبس جبتين فإنه يكون آثماً إلا أنه لا دم عليه حيث كان اللبس على موضع الضرورة إنما يلزمه كفارة مخيرة كما قدمناه. ذكره الإمام ابن أميرحاج الحلبي في مناسكه فليحفظ هذا فإن كثيراً من المحرمين يغفل عنه كما شاهدناه. فالحاصل أنه لا إثم عليه

وقد نبه على ذلك في الشرنبلالية فقال: ولينبه لما ذكره صاحب النهر في هذا المحل لأنه مخالف لما قدمناه عن الفتح، وبه صرح في تحفة الفقهاء أيضاً على أن صاحب البحر ناقض هذا بقوله بعده «وكذا إذا اندفعت الضرورة الخ» اهـ. قلت: ولعل مراده ما إذا كانت العمامة نازلة بحيث تغطي ربعاً مما تحرم تغطيته فحينئذ يجب دم إن كان يوماً وإلا فصدقة تأمل. ثم رأيت في شرح اللباب أجاب عن مثل ذلك بنحو ما ذكرنا حيث قال: وفي المحيط إذا اضطر إلى تغطية رأسه فلبس قلنسوة ولف عمامة يلزمه كفارة واحدة، ولو وضع قميصاً على رأسه وقلنسوة يلزمه للضرورة فدية يتخير فيها بلبس القلنسوة ويلزمه دم للقميص لأنه لا حاجة للرأس، إلى القميص بخلاف القلنسوة والعمامة. هكذا ذكره الفارسي والطرابلسي وهو غريب مخالف للأصول والفروع لأن الموجب هو التغطية وقد حصلت بواحد منهما، ولا يتعدد الجزاء بتعدد الملبوس في موضع واحد، سواء كان لعذر أم لا اللهم إلا أن يحمل على أن الضرورة ملجئة إلى قدر قلنسوة غير مستوعبة للرأس بأن يكون ربعه ليس فيه عذر فوضع على رأسه قميصاً بحيث غطى رأسه جميعه فإنه حينئذ فيه جزاءان بلا شبهة: جزاء لغير عذر وجزاء لمكان الضرورة اهـ قوله: (ولم أر لهم صريحاً الخ) نقل البحث في النهر والشرنبلالية وغيرهما وأقروا عليه قوله: (وينبغي أن يكون مبنياً الخ) قال نوح أفندي قلت قال في

إذا كان لعذر ويأثم إذا كان لغيره وصرحوا بالحرمة، ولم أر لهم صريحاً هل ذبح الدم أو التصديق مكفر لهذا الإثم مزيل له من غير توبة أو لا بد منها معه. وينبغي أن يكون مبنياً على الاختلاف في الحدود هل هي كفارات لأهلها أو لا، وهل يخرج الحج عن أن يكون مبروراً بارتكاب هذه الجناية وإن كفر عنها أولاً، الظاهر بحثاً لا نقلاً أنه لا يخرج والله أعلم بحقيقة الحال.

وقيد بالعذر لأنه لو فعل شيئاً منها لغيره لزمه دم أو صدقة معينة ولا يجوز غيره كما صرح به الإمام الأسبجاني. وبهذا ظهر ضعف ما قدمناه عن الظهيرية من أنه إن لم يقدر على

الملتقط في باب الأيمان: إن الكفارات ترفع الإثم وإن لم توجد عنه التوبة من تلك الجناية أ هـ. وفي البدائع ما يخالفه فإنه ذكر فيه ما حاصله أنه لا بد في الجنایات التي فيها الكفارة من التوبة والاستغفار من التوبة والاستغفار كما في الجنایات التي ليست فيها كفارة معهودة. ورجحوا ما في البدائع وحملوا ما في الملتقط على غير المصر وقالوا: على المصر الكفارة في الدنيا والعذاب في الآخرة إن لم يتب. قال الإمام النسفي في تفسيره المسمى بالتيسير: للمصر العذاب في الآخرة مع الكفارة في الدنيا إذا لم يتب لأن الكفارة لا ترفع الذنب عن المصر أ هـ. فعلى هذا يخرج الحج من أن يكون مبروراً بارتكاب الجناية عمداً مرة بعد أخرى وإن كفر عنها صاحبها أ هـ. قلت: وهو مقتضى حديث البخاري المار في بحث الوقوف (من حج فلم يرفث ولم يفسق رجع من ذنوبه كيوم ولدته أمه)^(١) وقد مر في باب الإحرام أن الفسوق المعاصي، ثم رأيت في الباب صرح بأنه لا بد من التوبة مع الكفارة. وقال شارحه: وقد ذكر ابن جماعة عن الأئمة الأربعة أنه إذا ارتكب محظور الإحرام عمداً يأثم ولا تخرجه الفدية والعزم عليها عن كونه عاصياً. قال النووي: وربما ارتكب بعض العامة شيئاً من هذه المحرمات وقال أنا أفدي متوهماً أنه بالتزام الفدية يتخلص من وبال المعصية وذلك خطأ صريح وجهل قبيح فإنه يحرم عليه الفعل، فإذا خالف أثم ولزمته الفدية وليست الفدية مبيحة للإقدام على فعل المحرم وجهالة هذا الفاعل كجهالة من يقول أنا أشرب الخمر وأزني والحد يطهرني، ومن فعل شيئاً مما يحكم بتحريمه فقد أخرج حجه عن أن يكون مبروراً أ هـ. وقد صرح أصحابنا بمثل هذا في الحدود فقالوا: إن الحد لا يكون طهرة من الذنوب ولا يعمل في سقوط الإثم بل لا بد من التوبة لكن قال في الملتقط الخ، ثم ذكر شارح الباب كلام النسفي المار ثم قال: وهذا تفصيل حسن يجمع به بين الأدلة والروايات قوله: (وبهذا ظهر ضعف ما قدمناه) أي قبيل قوله «أو حلق ربع رأسه أو لحيته». وفي حاشية المدني بعد ذكره كلام المؤلف. ونقل المنلا رحمه الله في منسكه الكبير نحوه ونقل عن الفارسي والبحر العميق نحو ما ذكره في الظهيرية على وجه الاعتراض عليهما. قال شيخنا مولانا السيد محمد

(١) رواه البخاري في كتاب الحج باب ٤. مسلم في كتاب الحج حديث ٤٣٨. الترمذي في كتاب الحج

باب ٢. النسائي في كتاب الحج باب ٤. ابن ماجه في كتاب المناسك باب ٣. أحمد في مسنده (٢)/

الدم يصوم ثلاثة أيام ولم أره لغيرها. وإنما لم يقيد المصنف ذبح الشاة بالحرم مع أنه مقيد به اتفاقاً لما سببته في باب الهدى أن الكل يختص بالحرم، فإن ذبح في غيره لا يجزئه عن الذبح إلا إذا تصدق بلحمه على ستة مساكين على كل واحد منهم قدر قيمة نصف صاع من حنطة فإنه يجوز بدلاً عن الإطعام. كذا ذكره الأسيبجاني ولا يختص بزمان اتفاقاً. وأشار بقوله «ذبح» إلى أنه يخرج عن العهدة بالذبح حتى لو هلك المذبوح بعده أو سرق فإنه لا شيء عليه بخلاف ما إذا سرق وهو حي فإنه يلزمه غيره، ومقتضاه جواز الأكل منه كهدي المتعة والقران والأضحية لكن الواقع لزوم التصدق بجميع لحمه كما سيأتي في بابيه لأنه كفارة. فالحاصل أن له جهتين: جهة الإراقة وجهة التصدق، فللأولى لا يجب غيره إذا سرق مذبوحاً، وللثانية يتصدق بلحمه ولا يأكل منه. كذا في فتح القدير. وأطلق في التصدق والصوم فأفاد أن له التصدق في غير الحرم وفيه على غير أهله. قال في المحيط: والتصديق على فقراء مكة أفضل. وإنما لم يتقيد بالحرم لإطلاق النص بخلاف الذبح لأن النسك في اللغة الدم المهرق بمكة، ويقال للمذبوح لوجه الله تعالى، ويقال لكل عبادة ومنه قوله تعالى ﴿إِنْ صَلَاتِي وَنَسْكَي﴾ [الأنعام: ١٦٢] كما في المغرب. وأشار المصنف بلفظ التصديق الموافق للفظ الصدقة المذكورة في الآية إلى أن طعام الإباحة لا يكفي لأن التصديق ينبئ عن التملك لقوله تعالى ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣] وحكى خلافاً في المجمع بين أبي يوسف ومحمد، فعند أبي يوسف تكفي الإباحة، وعند محمد لا بد من التملك. ورجح في غاية البيان قول أبي يوسف بأن النبي ﷺ فسر الصدقة بالإطعام هنا فكان ككفارة اليمين. وتعبه في فتح القدير بأن الحديث ليس مفسراً لمجمل بل مبين للمراد بالإطعام وهو حديث مشهور علمت به الأمة فجازت الزيادة به. ثم المذكور في الآية الصدقة وتحقق حقيقتها بالتمليك فيجب أن يحمل في الحديث الإطعام على الإطعام الذي هو الصدقة وإلا كان معارضاً، وغاية الأمر أنه يعتبر بالاسم الأعم انتهى. فالحاصل ترجيح قول محمد رحمه الله ولهذا قيل إن قول أبي حنيفة رحمه الله كقوله كما في الظهيرية لكن ذكر الأسيبجاني أن أبا

أمين ميرغني بعد نقل عبارتهما في رسالة له قلت: بل المقرر المنصوص عليه في كثير من كتب المذهب المعتبرة أجزاء الصوم عند العجز عن الدم كما نمليه عليك وسرد الأقوال المؤيدة لكلامه فراجعها إن شئت اه قوله: (بل مبين للمراد بالإطعام) كذا في أغلب النسخ، وفي بعضها للمراد بالإطلاق وهي الموافقة لما في الفتح، وعلى الأولى فقله «بالإطعام» متعلق بمبين لا بالمراد أي مبين للمراد من الصدقة في الآية بالإطعام قوله: (فجازت الزيادة به) أي جاز بذلك الحديث المشهور بتقييد مطلق الكتاب المسمى عندنا بالزيادة على النص كما في التحرير، لأن المشهور كالتواتر في ذلك بخلاف خبر الواحد. وبيان ما ذكره أن الصدقة في الآية مطلقة تصدق على القليل والكثير، وقوله

فصل

ولا شيء أن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فأمنى وتجب شاة أن قبل أو لمس بشهوة

حنيقة مع أبي يوسف رحمهما الله . وأفاد المصنف بإطلاقه أن الصوم يجوز متفرقاً ومتتابعاً كما صرح به الأسبجاني . والأصوح على وزن أرجل جبل صاع، وظاهر كلامهم أنه لا بد من التصديق على ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع حتى لو تصدق بالثلاثة على أقل من ستة أو على أكثر منها بها فإنه لا يجوز لأن العدد منصوب عليه في الحديث، وينبغي على القول بجواز الإباحة أنه لو غدى مسكيناً واحداً وعشاء ستة أيام يجوز أخذاً من مسألة الكفارات والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل

قدم النوع السابق على هذا لأنه كالمقدمة له إذ الطيب وإزالة الشعر والظفر مهيئات للشهوة لما يعطيه من الرائحة والزينة قوله : (ولا شيء عليه إن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فأمنى) لأن المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فأمنى، وعلم منه أنه لو احتلم فأمنى لا شيء عليه بالأولى، وبإطلاقه أنه لا فرق بين زوجته والأجنبية وإن كان محرماً قوله : (وتجب شاة إن قبل أو لمس بشهوة) أطلقه فشمّل ما إذا لم ينزل وهو موافق لما في المبسوط حيث صرح بوجوب الدم وإن لم ينزل، واختاره في الهداية مخالفاً لما في الجامع الصغير من اشتراط الإنزال، وصححه قاضي خان في شرحه ليكون جماعاً من وجه فإن المحرم هو الجماع صورة ومعنى أو معنى فقط وهون بالإنزال . وعلل في النهاية وغيرها لوجوب الدم بأن الجماع فيما دون الفرج من جملة الرفث فكان منهياً عنه بسبب الإحرام وبالإقدام عليه يصير مرتكباً محظور إحرامه، وتعقبهم في فتح القدير بأن الإلزام إن كان للنهي فليس كل نهي يوجب كالرفث، وإن كان للرفث فكذلك إذ أصله الكلام بحضرتهم وليس موجباً شيئاً

عليه السلام «أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع» مشهور فصح بياناً للمراد من المطلق في الآية ثم إن الصدقة تقتضي التملك لا تتحقق إلا به بخلاف الإطعام فتعارضاً ظاهراً فيجب أن يحمل الإطعام على ما فيه تملك ليكون بمعنى الصدقة في الآية . ويندفع التعارض، وغايته أنه من إطلاق الأعم على الأخص . هذا تقرير كلامه فتدبره .

فصل

قوله : (واختاره في الهداية) كذا في الكافي والبدائع وشرح المجمع وغيرها قوله : (بل منهى عنه مطلقاً) هذا مسلم فيما لو كان في حضرة من لا تحل له مجامعته أما في غيره فلا قوله : (وإنما لم يفسد حجه بالدواعي) أي بلا خلاف سواء وجدت قبل الوقوف أو بعده كما نطقت به سائر الكتب

أو أفسد حجه بجماع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة ويمضي ويقضي ولم يفترقا

انتهى. وقد يقال: إن إيجاب الدم إنما هو لكونه ارتكب ما هو حرام بسبب الإحرام فقط وليس ذكر الجماع بحضرة النساء منهياً عنه لأجل الإحرام فقط بل منهي عنه مطلقاً وإن كان في الإحرام أشد، وبهذا يظهر ترجيح إطلاق الكتاب لأن الدواعي محرمة لأجل الإحرام مطلقاً فيجب الدم مطلقاً. وإنما لم يفسد الحج بالدواعي مع الإنزال كما فسد بها الصوم لأن فساده تعلق بالجماع حقيقة بالنص والجماع معنى دونه فلم يلحق به، وأما فساد الصوم فمعلق بقضاء الشهوة وقد وجد. وفي المحيط: محرم عبث بذكره فلا شيء عليه وإن أنزل فعليه دم لأنه وجد قضاء الشهوة بالمس كما لو مس امرأة فأنزل، ولو أتى بهيمة فأنزل لم يفسد حجه وعليه دم كما لو جامع فيما دون الفرج، وإن لم ينزل فلا شيء عليه.

قوله: (أو أفسد حجه بجماع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة) معطوف على «قبل» أي تجب شاة لما ورد عن الصحابة من الفساد به ووجوب الهدى وأذناه شاة، ويقوم الشرك في البدنة مقامها كما صرح به في غاية البيان. وما اختاره المصنف من الفساد بالجماع في الدبر هو أصح الروايتين عن أبي حنيفة كقولهما لكمال الجنابة كما في فتح القدير. ومراده من آدمية، وأما وطء البهيمة فلا يفسد مطلقاً لقصوره. وأطلق في الجماع فشمّل ما إذا أنزل أو لم ينزل، أولج ذكره كله أو بقدر الحشفة. وفي معراج الدراية: ولو استدخلت ذكر الحمار أو ذكراً مقطوعاً يفسد حجه بالإجماع، ولو لف ذكره بخرقه وأدخله إن وجد حرارة الفرج واللذة يفسد وإلا فلا انتهى. وشمّل ما إذا كان عامداً أو ناسياً، عالماً أو جاهلاً، مختاراً أو مكرهاً، رجلاً أو امرأة، ولا رجوع له على المكروه كما ذكره الأسبيجاني. وحكى في فتح القدير خلافاً بين ابن شجاع والقاضي أبي حازم في رجوع المرأة بالدم إذا أكرهها الزوج على الجماع فقال الأول لا، وقال الثاني نعم، ولم أر قولاً في رجوعها بمؤنة حجه. وشمّل الحر والعبد لكن في العبد يلزمه الهدى وقضاء الحج بعد العتق سوى حجة الإسلام، وكل ما المعتمدة.

ووقع في الفتاوى السراجية: ولو مس امرأة بشهوة فأمنى يفسد، وكذا إذا لم يمن على ما في المبسوط ومنهاج المصلين ومنية المفتي وهو شاذ ضعيف على ما صرح به السروجي. وفي المنافع يعني بالفساد نقصان الفاحش هـ. وفيه أنه منافٍ لما تقدم. كذا في شرح اللباب قوله: (ويقوم الشرك في البدنة مقامها) مخالف لما مر كما نبهنا عليه أوائل باب الجنائيات قوله: (فلا يفسد مطلقاً) قال الرملي: أي سواء أنزل أو لم ينزل. وقد ألحقوا التي لا تشتهى بالبهيمة كما تقدم في الصوم وهو يقتضي عدم الفساد بوطء الميتة والصغيرة التي لا تشتهى تأمل قوله: (ولو استدخلت ذكر الحمار الخ) لينظر ما الفرق بين هذا وبين ما مر من أنه لو أتى بهيمة فأنزل لم يفسد حجه وعليه دم وإلا فلا شيء عليه قوله: (ولا يجوز إطعام المولى) أي أو غيره. وقيل يجوز (لباب) ونقل شارحه الأول عن البدائع

يجب فيه المال يؤاخذ به بعد عتقه بخلاف ما فيه الصوم فإنه يؤاخذ به للحال. ولا يجوز إطعام المولى عنه إلا في الإحصار فإن المولى يبعث عنه ليحل هو فإذا اعتق فعليه حجة وعمرة. وشمل الوطء الحلال والحرام ووطء المكلف وغيره كما صرح به في المحيط، وصرح الولوالجي بأن الصبي والمعتوه يفسد حجهما بالجماع لكن لا دم عليهما، وفي مناسك ابن الضياء: وإذا جامع الصبي حتى فسد حجه لا يلزمه شيء انتهى. وبهذا ظهر ضعف ما في فتح القدير من قوله: ولو كان الزوج صبياً يجماع مثله فسد حجها دونه، ولو كانت هي صبية أو مجنونة انعكس الحكم انتهى. فإن هذا حكم تعلق بعين الجماع وبالعذر لا ينعدم الجماع فلا ينعدم الحكم المتعلق به، وإنما لم يلزمهما حكم الفساد لما فيه من الضرر، ويؤيده أن الفساد للصلاة والصوم لا فرق فيه بين المكلف وغيره فكذلك الحج. وشمل ما إذا تعدد الجماع فإنه يلزمه دم واحد إن كان المجلس متحداً، سواء كان لامرأة أو نسوة، أما إذا تعدد المجلس ولم يقصد به رفض الحجة الفاسدة لزمه دم آخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولو نوى بالجماع الثاني رفض الفاسدة لا يلزمه بالثاني شيء. كذا في فتاوى قاضيخان مع أن نية الرفض باطلة لأنه لا يخرج عنه إلا بالأعمال لكن لما كانت المحظورات مستندة إلى قصد واحد وهو تعجيل الإحلال كانت متحدة فكفاه دم واحد، ولهذا نص في ظاهر الرواية أن المحرم إذا جامع النساء ورفض إحرامه وأقام يصنع ما يصنعه الحلال من الجماع والطيب وقتل الصيد عليه أن يعود كما كان حراماً ويلزمه دم واحد كما ذكره في المبسوط.

وغيره والثاني أي الجواز عن الكرمانى ثم قال: لكن بقي ما إذا استدان وهو مأذون أو مكاتب لم أر من تعرض له مع أنه أولى بالجواز من التبرع عنه قوله: (وشمل الوطء الحلال والحرام) أي الوطء لخليته أو لأجنبية وإلا فالوطء هنا كله حرام يعارض الإحرام قوله: (وبهذا ظهر ضعف ما في فتح القدير) قال في النهر: يدل على ذلك قولهم لو أفسد الصبي حجه لا قضاء عليه ولا يتأتى ذلك بغير الجماع ا هـ. قال في الشرنبلالية: وفيه تأمل لأن الفساد لا ينحصر في الجماع إذ يكون بفوت الوقوف بعرفة قوله: (لأنه لا يخرج عنه إلا بالأعمال) قال في الشرنبلالية: ينظر فيه مع ما سذكروه من تحليل المولى أمته بنحو قص ظفر وبالجماع وإن كان لا ينبغي له فعله ابتداء ا هـ. وقد يقال: المنظور إليه هنا خصوص هذا المجمع وهو لا يخرج إلا بالأعمال قوله: (لكن لما كانت المحظورات الخ) يعني أنه وإن أخطأ في تأويله يرتفع عنه الضمان لما ذكر فإن التأويل الفاسد معتبر في رفع الضمان كالبಾಗಿ إذا أتلّف مال العادل فإنه لا يضمن لأنه أتلّف عن تأويل كما في الشرنبلالية عن الكافي قوله (ولهذا نص في ظاهر الرواية الخ) قال في اللباب: اعلم أن المحرم إذا نوى رفض الإحرام فجعل يصنع ما يصنعه الحلال من لبس الثياب والتطيب والخلق والجماع وقتل الصيد فإنه لا يخرج بذلك من الإحرام وعليه أن يعود كما كان محرماً، ويجب دم واحد لجميع ما ارتكب ولو كل المحظورات. وإنما يتعدد الجزاء بتعدد الجنایات إذا لم ينو الرفض، ثم نية الرفض إنما تعتبر ممن زعم

قوله: (ويمضي ويقضى ولم يفترقا فيه) أي ويجب المضي في أفعال الحج بعد إفساده كما يمضي فيه وهو صحيح ويلزمه قضاؤه من قابل، سواء كانت حجة الإسلام أو لا، لأنه قد أدى الأفعال مع وصف الفساد، والمستحق عليه أداؤها بوصف الصحة. وفي فتاوى قاضي خان: ويجتنب في الفاسدة ما يجتنب في الجائزة، وقد ظن بعض أهل عصرنا أن الحج إذا فسد لا يفسد الإحرام ولهذا قالوا: إن الإحرام باقي فيقضي فيه وليس كما ظن بل فسد

أنه خرج منه بهذا القصد لجهله مسألة عدم الخروج، وأما من علم أنه لا يخرج منه بهذا القصد فإنها لا تعتبر منه ا هـ. قال شارحه: وكذا ينبغي أن لا يعتبر منه إذا كان شاكاً في المسألة أو ناسياً لها قوله: (ويلزمه قضاؤه من قابل) قال في النهر: قد سألتني بعض الطلبة بالجامع الأزهر عما إذا فسد القضاء أيضاً أيجب أن يقضيه أيضاً؟ فقلت: لم أر المسألة وقياس كونه إنما شرع فيه مسقطاً لا ملزماً أن المراد بالقضاء معناه اللغوي والمراد الإعادة كما هو الظاهر ا هـ. وحاصله أنه لا يلزمه إلا حجة واحدة عن التي أفسدها أولاً، ولا يلزمه حجة ثانية عن التي أفسدها ثانياً، وكلامه من جهة الحكم ظاهر وقد نقله الشيخ إسماعيل عن المبتغى فقال: ولفظ المبتغى لوفاته الحج ثم حج من قابل يريد قضاء تلك الحجة فأفسد حجة لم يكن عليه إلا قضاء حجة واحدة كما لو أفسد قضاء صوم رمضان ا هـ. وأما قوله «إن المراد بالقضاء الخ» ففيه غموض لأنه إن أراد أن المراد بالقضاء الإحكام والإتقان فغير مناسب هنا، وإن أراد به الأداء كما يقال قضيت الدين أي أدبته فقوله «والمراد الإعادة» يخالفه إلا أن يكون الواو بمعنى «أو» لكن فيه أن الإعادة فعل مثل الواجب في وقته لخلل غير الفساد وعدم صحة الشروع ولا يتأتى هنا. نعم يتأتى على التعريف المشهور لها عند الشافعية بأنها فعل الشيء ثانياً في وقت الأداء لخلل في فعله أولاً، فالصواب حذف قوله «والمراد الإعادة» والاقتصار على بيان أن المراد بالقضاء الأداء كما يدل عليه قول الكمال في التحرير إن تسمية الحج الصحيح بعد الحج الفاسد قضاء مجاز. قال الحلبي في شرحه: لأنه في وقته وهو العمر فهو أداء على قول مشايخنا ا هـ. وحيث كان أداء عندنا سقط السؤال أصلاً لأن الحج الأول لغو فإن أداه صحيحاً خرج عن العهدة وإلا فلا، فيجب أداؤه ثانياً وثالثاً وهكذا إلى أن يأتي به صحيحاً، فما يفعله بعد الفساد ليس حجاً غير الفرض بل هو الفرض إن كان صحيحاً وما قبله لا يلزمه قضاؤه أصلاً إذ لو صلى الظهر مثلاً في وقتها وأفسدها ثم أداها ثانياً خرج عن العهدة ولا يتوهم، أحد لزوم صلاة أخرى قضاء عن التي شرع فيها وأفسدها، وكذا ما قدمناه عن المبتغى من جعله نظير ما لو أفسد قضاء صوم رمضان أي فإنه لا يلزمه إلا قضاء يوم واحد قوله: (وقد ظن الخ) ذكر في شرح اللباب ما يقوي هذا الظن حيث قال: وفي شرح النقاية للشمس السمرقندي عند قوله «أفسد حجه» أي نقصه نقصاً فاحشاً ولم يطله كما في المضمرات. قال المصنف - يعني صاحب اللباب - فأفاد أن المراد من الفساد النقص الفاحش لا البطلان، وهو قيد حسن يزيل بعض الإشكالات. قلت: من جملتها في الأفعال لكن في عدم الإبطال أيضاً نوع من الإشكال وهو القضاء إلا أنه يمكن دفعه بأنه يؤدي على وجه الكمال ا هـ قوله: (أطلقه فشمّل الخ) وكذا شمل ما لو جامع عامداً أو ناسياً فتلزمه فيهما بدنة كما في عامة

فيه وبدنة لو بعده ولا فساد أو جامع بعد الحلق أو في العمرة قبل أن يطوف لها الأكثر

الإحرام كالحج وقد صرحوا بفساده في مواضع عديدة في هذا الفصل. ومعنى بقائه عدم الخروج عنه بغير الأفعال، ومعنى الافتراق الذي ليس بواجب أن يأخذ كل واحد منهما في طريق غير طريق صاحبه، وإنما لم يجب لأن الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الإحرام لإباحة الوقوع، ولا بعده لأنهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة صغيرة فيزدادان ندماً وتحزناً لكنه مستحب إذا خاف الوقوع كما في المحيط وغيره قوله: (وبدنة لو بعده ولا فساد) أي يجب بدنة لو جامع بعد الوقوف بعرفة قبل الحلق ولا يفسد حجه للحديث «من وقف بعرفة فقد تم حجه» أي أمن من فساده لبقاء الركن الثاني وهو الطواف. ووجوب البدنة مروى عن ابن عباس، والأثر فيه كالخبر. أطلقه فشمّل ما إذا جامع مرة أو مراراً إن اتحد المجلس، وأما إذا اختلفت فبدنة للأول وشاة للثاني في قولهما. وقال محمد: إن ذبح للأول فيجب للثاني شاة وإلا فلا. ذكره الأسيبجي، وعلل له في المبسوط بأنه دخل إحرامه نقصان بالجماع الأول وبالجماع الثاني صادف إحراماً ناقصاً فيكفيه شاة.

قوله: (أو جامع بعد الحلق) معطوف على قوله أول الفصل «قبل» أي يجب شاة إن جامع بعد الحلق قبل الطواف لقصور الجنابة لوجود الحل الأول بالحلق. ثم اعلم أن أصحاب المتون على ما ذكره المصنف من التفصيل فيما إذا جامع بعد الوقوف، فإن كان قبل الحلق فالواجب بدنة، وإن كان بعده فالواجب شاة. ومشى جماعة من المشايخ كصاحب المبسوط والبدائع والأسيبجي على وجوب البدنة مطلقاً. وقال في فتح القدير: إنه الأوجه لأن إيجابها ليس إلا بقول ابن عباس والمروى عنه ظاهره فيما بعد الحلق. ثم المعنى يساعده وذلك لأن وجوبها قبل الحلق ليس إلا للجنابة على الإحرام، ومعلوم أن الوطء ليس جنابة عليه إلا باعتبار تحرّمه لا باعتبار تحرّمه لغيره، فليس الطيب جنابة على الإحرام باعتماد تحرّمه الجماع أو الحلق بل باعتبار تحرّمه للطيب، وكذا كل جنابة على الإحرام ليست جنابة عليه إلا باعتبار تحرّمه لها لا لغيرها فيجب أن يستوي ما قبل الحلق وما بعده في حق الوطء لأن الذي به كان جنابة قبله بعينه ثابت بعده، والزائل لم يكن الوطء جنابة باعتباره لا جرم أن المذكور في ظاهر الرواية إطلاق لزوم البدنة بعد الوقوف من غير تفصيل بين كونه قبل الحلق أو بعده

الكتب. وذكر الحدادي في شرح القدوري ناقلاً عن الوجيز أنه إنما تجب البدنة إذا جامع عامداً، أما إذا جامع ناسياً فعليه شاة ١ هـ. وهو خلاف ما في المشاهر من الروايات حيث لا فرق بين العامد والناسي في سائر الجنائيات، وقد صرح به قاضيخان بقوله: ولو جامع بعد الوقوف بعرفة فلا يفسد حجه وعليه جزور جامع عامداً أو ناسياً ١ هـ. كذا في شرح اللباب وسيذكر المصنف أن جماع الناسي كالعامد قوله: (وإن كان بعده) أي بعد الحلق وقبل طواف الزيارة كما هو ظاهر وصرح به في

وتفسد ويمضي ويقضيها أو بعد طواف الأكثر ولا فساد وجماع الناسي كالعامد أو

انتهى . ويرد عليه أنهم اتفقوا أنه لو جامع مرة ثانية بعد الوقوف قبل الحلق فإنه لا يجب بدنة وإنما تجب شاة مع أن وجوبها للجماع الأول ليس إلا باعتبار حرمة عليه وهو بعينه موجود في كل جماع أتى به قبل الطواف، فتعين أن ينظر إلى أن البدنة لا تجب إلا إذا كملت الجنابة وكما لها بمصادفتها إحراماً كاملاً. فالجماع في المرة الثانية صادف إحراماً ناقصاً فلم تجب البدنة، وكذا الجماع بعد الحلق صادف إحراماً ناقصاً لخروجه عنه في حق غير النساء. وهذا الباب - أعني باب الجنائيات على الإحرام - ينظر فيه إلى كمال الجنابة وقصورها ليجب الجزاء بقدره كما تقدم من تطيب العضو وما دونه ومن لبس المخيط يوماً أو أقل إلى غير ذلك لا إلى تحريم الفعل فقط. فالحاصل أن مسائلهم شاهدة بأن الجنابة إن كملت تغلظ الجزاء كما في لبس المخيط يوماً أو أقل إلى غير ذلك لا إلى تحريم الفعل فقط وإن قصرت خف الجزاء، فالأوجه ما في المتن والله سبحانه وتعالى أعلم. ولم يذكر المصنف حكم القارن إذا جامع وحكمه أنه إن كان قبل الوقوف بعرفة وطواف العمرة فسد حجه وعمرته ولزمه دمان وقضاؤهما وسقط عنه دم القران، وإن كان بعد طواف العمرة أو أكثره قبل الوقوف فسد الحج فقط ولزمه دمان أيضاً وقضاء الحج فقط وسقط عنه دم القران، وإن كان بعد الطواف والوقوف قبل طواف الزيارة لم يفسد عليه بدنة للحج وشاة للعمرة إن كان قبل الحلق اتفاقاً. واختلفوا فيما إذا كان بعد الحلق في موضعين: الأول في وجوب البدنة للحج أو الشاة وقدمناه. والثاني في وجوب شاة للعمرة، فالذي اختاره صاحب المبسوط والبدائع والأسبغابي أنه يجب شاة للعمرة، والذي اختاره الوبري أنه لا يجب شيء لأجل العمرة لأنه خرج من إحرامها بالحلق. وبقي إحرام الحج في حق النساء واستشكله الشارح بأنه إذا بقي محرماً بالحج فكذا في العمرة ورده في فتح القدير بأن إحرام العمرة لم يعهد بحيث يتحلل منه بالحلق من غير النساء ويبقى في حقهن، بل إذا حلق بعد أفعالها حل بالنسبة إلى كل ما حرم عليه وإنما عهد ذلك في إحرام الحج. فإذا ضم إحرام الحج إلى إحرام العمرة استمر كل على ما عهد له في الشرع فينطوي بالحلق إحرام العمرة بالكلية فالصواب ما عن الوبري اهـ.

قوله: (أو في العمرة قبل أن يطوف لها الأكثر وتفسد ويمضي ويقضي) أي لو جامع في إحرام العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط لزمه شاة وفسدت عمرته كما لو جامع في

الفتح.

قوله: (وقد قدمناه) أي في صورة هذه القولة عند قوله «وإن كان بعده فالواجب شاة النخ» فإنه وإن كان ذاك في المفرد يعلم منه حكم القارن كما سيأتي قوله: (والفرق بينهما) مبتدأ خبره قوله الآتي «لا يصح» قوله: (بوجوبها) أي الطهارة قوله: (وبهذا علم أن الخلف لفظي) قال في النهر: فيه نظر

الحج قبل الوقوف بجامع حصوله قبل إدراك الركن فيهما ويمضي في فاسدها كما يمضي في صحيحها ويلزمه قضاؤها قوله: (أو بعد طواف الأكثر ولا فساد) أي لو جامع بعد ما طاف أربعة أشواط لزمه شاة ولا تفسد عمرته لأنه أتى بالركن فصار كالجماع بعد الوقوف. وإنما لم تجب بدنة كما في الحج إظهاراً للتفاوت بين الفرض والسنة. كذا في الهداية وغيرها. وقد يقال: إنه يتم في حجة الإسلام، أما في غيرها فلا فرق بين الحج والعمرة لأن كلا منهما نفل قبل الشروع واجب بعده اللهم إلا أن يقال: نفل الحج أقوى من نفل العمرة. والفرق بينهما بأن الجماع في الحج بعد الوقوف يكون قبل أداء بقية أركان الحج لأنه بقي الطواف وهو ركن فتغلظت الجنابة فتغلظ الجزء بخلافه بعد طواف الأكثر في العمرة فإنه لم يبق عليه إلا الواجبات لا يصح لأنه يقتضي وجوب البدنة لو جامع قبل طواف الأكثر وليس كذلك. وشمل قوله «بعد طواف الأكثر» ما إذا طاف الباقي وسعى بين الصفا والمروة أولاً لكن بشرط أن يكون قبل الخلق وتركه للعلم به لأن بالخلق يخرج عن إحرامها بالكلية بخلاف إحرام الحج، ولما بين المصنف حكم المفرد بالحج والمفرد بالعمرة علم منه حكم القارن والتمتع قوله: (وجماع الناسي كالعامد) يعني في جميع ما ذكرنا من أحكام الجنابات فيفسد حجه لو جامع ناسياً قبل الوقوف. وحاصل ما ذكره الأصوليون أن النسيان لا ينافي الوجوب لكمال العقل وليس عذراً في حقوق العباد. وفي حقوق الله تعالى عذر في سقوط الإثم، أما الحكم فإن كان مع مذكر ولا داعي إليه كأكل المصلي وجنابة المحرم لم يسقط بتقصيره بخلاف سلامه في القعدة، وإن كان ليس مع مذكر مع داعٍ إليه سقط كأكل الصائم، وإن لم يكن معهما فكذلك بالأولى كترك الذابح التسمية انتهى. وقد قدمنا أن الجاهل والعالم والمختار والمكروه والنائم والمستيقظ سواء لحصول الارتفاق قوله: (أو طاف للركن محدثاً) أي يلزمه شاة لترك الطهارة لأنه أدخل نقصاً في الركن فصار كترك شوط منه. وظاهر كلام غاية البيان أن الدم واجب اتفاقاً، أما على القول بوجوبها وهو الأصح فظاهر، وأما على القول بسنيتها فلا لأنه لا يمتنع أن تكون سنة ويجب بتركها الكفارة ولهذا قال محمد فيمن أفاض من عرفة قبل الإمام يجب عليه دم لأنه ترك سنة الدفع هـ. وبهذا علم أن الخلف لفظي لا ثمره له. وإنما كانت الطهارة واجبة لما ثبت في الصحيحين عن عائشة أنها حاضت فقال لها عليه السلام: اقضي ما يقضي الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت. رتب منع الطواف على انتفاء الطهارة وهذا حكم وسبب، وظاهره أن الحكم يتعلق بالسبب فيكون المنع لعدم الطهارة لا لعدم دخول المسجد.

إذا ثم ترك الواجب أشد هـ. اللهم إلا أن يقال: مراده الثمرة في وجوب الدم وعدمه.

قوله: (ولم يذكر صفة الإعادة النخ) قال في النهر: والأصح نديها مع الحدث وجوبها مع الجنابة فإن أعاده في أيام النحر فلا ذنب وإلا وجب عليه دم عند الإمام للتأخير. قاله الأسيبجي قوله: (فلا

طاف للركن محدثاً وبدنة لو جنباً ويعيد وصدقة لو محدثاً للقُدوم والصدر أو ترك أقل

وإنما لم يكن شرطاً كما قال الشافعي لأنه يلزمه تقييد مطلق القطعي وهو «وليطوفوا» [الحج: ٢٩] بخبر الواحد وهو نسخ عندنا فلا يجوز كما عرف في الأصول. وأما قوله عليه السلام «الطواف بالبيت صلاة»^(١) فالمراد به التشبيه في الثواب. قيد بالحدث لأنه لو طاف وعلى ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم فإنه لا يلزمه شيء لكنه يكره لإدخال النجاسة المسجد، ولم ينص في ظاهر الرواية إلا على الثوب والتعليل يفيد عدم الفرق بين الثوب والبدن. وما في الظهيرية من أن نجاسة الثوب كله فيه الدم لا أصل له في الرواية فلا يعول عليه. وأشار إلى أنه لو طاف منكشف العورة قدر ما لا تجوز الصلاة معه فإنه يلزمه دم لترك الواجب وهو ستر العورة كما صرح به في الظهيرية، ودليل الوجوب قوله عليه السلام «إلا لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان»^(٢) بناء على أن خبر الواحد يفيد الوجوب عندنا. وقيد بالركن وهو الأكثر لأنه لو طاف أقله محدثاً ولم يعد وجب عليه لكل شوط نصف صاع من حنطة إلا إذا بلغت قيمته دماً فإنه ينقص منه ما شاء. كذا في غاية البيان.

قوله: (وبدنة لو جنباً ويعيد) أي يجب بدنة لو طاف للركن جنباً. كذا روي عن ابن عباس. ولأن الجنابة أغلظ فيجب جبر نقصانها في البدنة إظهاراً للتفاوت بينهما والحيض والنفاس كالجنابة. قيد بالركن وهو الأكثر لأنه لو طاف الأقل جنباً ولم يعد وجب عليه شاة، فإن أعاده وجبت عليه صدقة لتأخير الأقل من طواف الزيارة لكل شوط نصف صاع. وقوله «ويعيد» راجع إلى الطواف محدثاً أو جنباً، ولم يذكر صفة الإعادة للاختلاف، وصحح في الهداية أنها واجبة في الطواف جنباً مستحبة في الطواف محدثاً للفحش في الأول والقصور في الثاني، فإن أعاده فلا دم عليه فيهما مطلقاً لجبر النقصان الحاصل بالإعادة إلا أنه إن أعاده وقد

دم عليه فيهما) أي في الطواف جنباً أو محدثاً. وقوله «مطلقاً الظاهر أن المراد به في أيام النحر أو بعدها لكنه خاص في الطواف محدثاً بدليل ما بعده. وعبرة الهداية: ثم إذا أعاده وقد طاف محدثاً لا ذبح عليه وإن أعاده بعد أيام النحر لأن بعد الإعادة لا تبقى إلا شبهة النقصان، وإن أعاده وقد طافه جنباً في أيام النحر فلا شيء عليه لأنه أعاده في وقته، وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة رحمه الله بالتأخير اهـ. هذا وسيذكر المصنف أنه لو طاف للركن جنباً وللصدر طاهراً أن عليه دم إن وتسقط البدنة لوقوع طواف الصدر عن طواف الركن فعليه دم لتأخيره ودم لترك الصدر إن

(١) رواه النسائي في كتاب المناسك باب ١٣٦. الدارمي في كتاب المناسك باب ٣٢. أحمد في مسنده (٤١٤/٤) (٦٤/٤).

(٢) رواه البخاري في كتاب الصلاة باب ٢، ١٠. مسلم في كتاب الحج حديث ٤٣٥. أبو داود في كتاب المناسك باب ٦٦. الترمذي في كتاب تفسير سورة ٩ باب ٦، ٧ النسائي في كتاب المناسك باب ١٦١. أحمد في مسنده (٣/١) (٢٩٩/٢).

طاف جنباً بعد أيام النحر لزمه دم للتأخير عند أبي حنيفة. وبهذا علم أن الواو في قوله «ويعيد» بمعنى «أو» لأن الواجب بمعنى شيئين إما لزوم الشاة أو الإعادة والإعادة هي الأصل ما دام بمكة ليكون الجابر من جنس المجبور فهي أفضل من الدم، وأما إذا رجع إلى أهله ففي الحدث الأصغر اتفقوا أن بعث الشاة أفضل من الرجوع، واختلفوا في الحدث الأكبر فاختلفوا في الهداية أن العود إلى الإعادة أفضل لما ذكرنا، واختار في المحيط أن بعث الدم أفضل لأن الطواف الأول وقع معتداً به وفيه منفعة للفقراء، وإذا عاد للأول يرجع بإحرام جديد بناء على أنه حل في حق النساء بطواف الزيارة جنباً وهو آفاقي يريد مكة فلا بد له من إحرام بحج أو عمرة، فإذا أحرم بعمرة يبدأ بها، فإذا فرغ منها يطوف للزيارة ويلزمه دم لتأخير طواف الزيارة عن وقته. وفهم الرازي من ذلك أن الطواف الثاني معتد به وأن الأول قد انفسخ، وذهب الكرخي إلى أن الأول معتبر في فصل الجنابة كما في فصل الحدث اتفاقاً، وصححه صاحب الإيضاح إذ لا شك في وقع الأول معتداً به حتى حل به النساء، واستدل له بما في

لم يعده كما سيشرحه المؤلف قوله وقد طاف جنباً) جملة حالية معترضة بين الظرف ومتعلقة فإن قوله «بعد أيام النحر» متعلق بإعاده، وقيد بذلك لأنه لو كان طاف محدثاً وأعاده سقط عنه الدم، سواء أعاده في أيام النحر أو بعدها، ولا شيء عليه للتأخير كما في الباب وعزاه شارحه إلى الهداية والكافي وغيرهما. قال: وفي البحر الزاخر هو الصحيح ثم قال في الباب: وقيل يجب عليه للتأخير دم. قال شارحه قال قوام الدين: ما في الهداية سهو لأن تأخير النسك عن وقته يوجب الدم عند أبي حنيفة على أن الرواية مصرحة بخلاف ذلك، ولذا قال في شرح الطحاوي: إذا أعاد طواف الزيارة بعد أيام النحر يجب عليه الدم، سواء كانت إعادته بسبب الحدث أو الجنابة. وبه جزم في البدائع وصحح في السراج ما في الهداية قال في المطلب: إنه أظهر اهـ. ووجهه أن طوافه الأول معتد به بلا خلاف والإعادة لتكميل العبادة وتماه فيه. ثم قال في الباب: وقيل صدقة لكل شوط وعزاه شارحه إلى الخلاصة وشرح الجامع لقاضيخان، وسيذكر المؤلف ذلك بعد ورقتين قوله: (بمعنى شيئين) في بعض النسخ أحد شيئين وهو المناسب قوله: (وفهم الرازي من ذلك) أي من قوله لتأخير طواف الزيارة عن وقته وكان أظهر تقديم هذا على قوله، وأما إذا رجع كما فعل في الفتح والنهر لأنه من تمام بحث الإعادة قبل الرجوع إلى أهله قوله: (كما في فصل الحدث اتفاقاً) حاصله أن الخلاف إنما هو في الإعادة في فصل الجنابة، فعند الرازي الطواف الثاني هو المعتد به، وعند الكرخي الأول، واتفقوا في المحدث أن المعتبر هو الأول والثاني جابر كما في السراج الوهاج قوله: (حتى حل به النساء) كذا صرح به في الباب حيث قال: ويقع معتداً به في حق التحلل لكن ذكر قبله فرعاً يخالفه حيث قال: لوطاف للزيارة جنباً ثم جامع ثم أعاده طاهراً فعليه دم. وقال شارحه: والتحقيق أنه مبني على انفساخ الأول بالثاني وتماه فيه قوله: (وإنما وجب الدم) أي فيما لو أعاده بعد أيام النحر وقد طافه جنباً قوله: (والظاهر أن الخلف لفظي) أي الخلف بين الرازي والكرخي وفيه نظر، فقد قال في

الأصل: لو طاف لعمرته محدثاً أو جنباً في رمضان وحج من عامه لم يكن متمتعاً إن أعاده في شوال أو لم يعده، وقواه في فتح القدير. وإنما وجب الدم لترك الواجب لأن الواجب الإعادة في أيام النحر فإذا مضت ترك واجباً، والظاهر أن الخلف لفظي لا ثمره له لأن الدم واجب اتفاقاً وإن اختلف التخريج قوله: (وصدقة لو محدثاً للقدم) أي يجب عليه صدقة لو طاف للقدم محدثاً لأنه دخله نقص بترك الطهارة فينجبر بالصدقة إظهاراً لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة، وأشار إلى أن كل طواف هو تطوع فهو كذلك. وقيد بالحدث لأنه لو طاف للقدم جنباً لزمه الإعادة ودم إن لم يعد لأن النقص فيه متغلظ فتلزمه الإعادة احتياطاً. وقال محمد: ليس عليه أن يعيد طواف التحية لأنه سنة وإن أعاد فهو أفضل. كذا في المحيط وبهذا ظهر بطلان ما في غاية البيان معزياً إلى الأسبيجاني من أنه لا شيء عليه لو طاف للقاء محدثاً أو جنباً لأنه يقتضي عدم وجوب الطهارة للطواف ولأن طواف التطوع إذا شرع فيه صار واجباً بالشروع ثم يدخله النقص بترك الطهارة فيه، غاية الأمر أن وجوبه ليس بإيجابه تعالى ابتداء فأظهرنا التفاوت في الحط من الدم إلى الصدقة فيما إذا طافه محدثاً، ومن البدنة إلى الشاة فيما إذا طافه جنباً. وظاهر كلامهم يقتضي وجوب الشاة فيما إذا طاف للتطوع جنباً، وذكر في غاية البيان أنه إن طاف للقدم محدثاً وسعى ورمل عقبه فهو جائز والأفضل أن يعيدهما عقب طواف الزيارة، وإن طاف له جنباً وسعى ورمل عقبه فإنه لا يعتد به ويجب عليه السعي عقب طواف الزيارة ويرمل فيه.

قوله: (والصدر) بالجر عطف على القدم فتجب صدقة لو طاف محدثاً، ودم لو جنباً، فقد سَوَّاهُ بين طواف القدم وبين طواف الصدر مع أن الأول سنة والثانية واجب. وأجاب

السراج: وفائدة الخلاف في إعادة السعي، فعلى قول الكرخي لا تجب إعادته، وعلى قول الرازي تجب لأن الطواف الأول قد انفسخ فكأنه لم يكن ١ هـ. وأما ما في النهر من أن مقتضى ما قال الأسبيجاني اعتبار الثاني وعليه فالخلاف معنوي، فائدته تظهر في إيجاب الدم وعدمه في فصل الحدث ١ هـ. ففيه نظر أما أولاً فلأن كلام المؤلف في فصل الجنابة، وأما ثانياً فلما علمت من تأييد نقله الاتفاق في الحدث بما نقلناه أولاً عن السراج، وأما ثالثاً فلأن دعواه أن مقتضى ما قاله الأسبيجاني اعتبار الثاني إن كان مراده من قول الأسبيجاني ما قدمناه عنه وليس في كلام النهر غيره فلا يقتضي ذلك لأن قوله «ولا» وإن لم يعدها في أيام النحر وجب عليه دم يحتمل أن يكون مقصوداً على فصل الجنابة قوله: (وبهذا ظهر بطلان ما في غاية البيان الخ) قال في النهر: ما قاله الأسبيجاني موافق لما في مبسوط شيخ الإسلام كما في الدراية وجزمه في المحيط بحكم لا يقتضي عدم وجوبه، ألا ترى أنه لا شيء عليه لو طاف مع النجاسة كما مر مع وجوب التحامي عنها على الطائفين، نعم القول بضعفه له وجه قوله: (وأجاب عنه في الهداية الخ) ليس ذلك في الهداية وإنما أجاب فيها عما قد يقال ينبغي وجوب الدم في الصدر لوجوبه بأنه دون طواف الزيارة وإن كان واجباً فلا بد من إظهار

طواف الركن ولو ترك أكثره بقي محرماً أو ترك أكثر الصدر أو طافه حنباً وصدقة بترك

عنه في الهداية بأن طواف القدوم يصير واجباً أيضاً بالشروع وأقره الشارحون وقد يقال: إن ما وجب ابتداء قبل الشروع أقوى مما وجب بالشروع فينبغي عدم المساواة. قيد بترك الطهارة للطواف لأن السعي محدثاً أو جنباً لا يوجب شيئاً، سواء كان سعي عمرة أو حج، لأنه عبادة تؤدي لا في المسجد الحرام. والأصل أن كل عبادة تؤدي لا في المسجد الحرام في أحكام المناسك فالطهارة ليست بواجبة لها كالسعي والوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار بخلاف الطواف فإنه عبادة تؤدي في المسجد فكانت الطهارة واجبة فيه. كذا في الفتاوى الظهيرية قوله: (أو ترك أقل طواف الركن ولو ترك أكثره بقي محرماً) أي يجب دم بترك شوط أو شوطين أو ثلاثة من طواف الزيارة، ولو ترك أربعة منه فإنه محرم في حق النساء بناء على أن الركن عندنا أكثر السبعة وهو أربعة أشواط على الصحيح كما قدمناه. وإنما أقيم الأكثر مقام الكل لأن الشرع أقام الأكثر في الحج مقام الكل في وقوع الأمن عن الفوات احتياطاً بقوله «من وقف بعرفة فقد تم حجه». وقد قلنا من جامع بعد الوقوف لا يفسد وبعد الرمي لا يفسد بالإجماع، ولو حلق أكثر الرأس صار متحلاً فلما كان الأمر على هذا الوجه للتيسير جرينا على هذا الأصل فأقمنا الأكثر مقام الكل في باب التحلل وما يجري مجراه صيانة لهذه العبادة عن الفوات وتحقيقاً للأمر يعني أن الطواف أحد سببي التحلل فلما أقيم الأكثر مقام الكل في أحد السببين وهو الحلق بالإجماع أقيم في السبب الآخر وهو الطواف أيضاً. كذا في النهاية. وتعبقه في فتح القدير بأن إقامة الأكثر في تمام العبادة إنما هو في حق حكم خاص وهو أمن الفساد والفوات ليس غير ولذا لم يحكم بأن ترك ما بقي أعني الطواف يتم معه الحج وهو مورد ذلك النص فلا يلزم جواز إقامة أكثر كل جزء منه مقام تمام ذلك الجزء وترك باقيه كما لم يجر ذلك في نفس مورد النص أعني الحج فلا ينبغي التعويل على هذا الحكم والله أعلم، بل الذي ندين به أن لا يجزيء أقل من السبعة ولا يجبر بعضه بشيء غير أنا نستمر معهم في التقرير على

التفاوت بينهما. قال: وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجب شاة إلا أن الأول أصح ثم قال: وإن طاف جنباً فعليّه شاة لأنه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفي بالشاة هـ. نعم ما ذكره من الإشكال والجواب ذكره الزيلعي، وأما ما ذكره المؤلف بقوله «وقد يقال الخ» فقد أجيب عنه كما في النهر بأن أحد المحظورين لازم أعني التسوية بينه وبين طواف الزيارة والقدوم، فالتزم أهونهما وهو التسوية بين الواجب ابتداء والواجب بعد الشروع. قال: وما قيل من أن طواف الصدر واجب بفعل العبد أيضاً وهو الصدر قال بعض المتأخرين: إنه وهم لأنه واجب قبله كما في شرح الجامع الصغير بخلاف القدوم.

قوله: (وهذا من أبحاثه المخالفة لأهل المذهب) أي فلا يعتبر أصلاً كما قاله تلميذه العلامة قاسم قوله: (ثم ينظر إلى الباقي من طواف الصدر) أي الباقي عليه ومنه وهو قدر ما انتقل إلى طواف

أصلهم ا هـ. وهذا من أبحاثه المخالفة لأهل المذهب قاطبة لكن لم يجب عن تمسكهم بحلق أكثر الرأس في أنه يفيد التحلل بالإجماع فإقامتنا الأكثر في الطواف لأجل التحلل مستفاد من دلالة الإجماع المذكور، إنما لزمه الدم بترك الأقل لأنه أدخل نقصاً في طوافه فصار كما لو طافه محدثاً، وأشار بالترك إلى أن الدم إنما يجب إذا لم يأت بما تركه، أما إذا أتم الباقي فليس عليه شيء إن كان الإتمام في أيام النحر، أما بعدها فيلزمه صدقة عند أبي حنيفة لكل شوط نصف صاع من بر خلافاً لهما، فإن رجع إلى أهله بعث شاة لما بقي من طواف الزيارة وشاة أخرى لترك طواف الصدر. وهذا لأن بعث الشاة لترك الأقل من طواف الزيارة لا يتصور إلا إذا لم يكن طاف للصدر لأنه إذا طاف للصدر انتقل منه إلى طواف الزيارة ما يكمله ثم ينظر إلى الباقي من طواف الصدر إن كان أقله لزمه صدقة وإلا قدم. ولو كان طاف للصدر في آخر أيام التشريق وقد ترك من طواف الزيارة أكثره كمله من الصدر ولزمه دمان في قول أبي حنيفة: دم لتأخير ذلك ودم آخر لترك أكثر الصدر، وإن ترك أقله لزمه للتأخير دم وصدقة للمتروك من الصدر مع ذلك الدم. وجملته كما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي أن عليه في ترك الأقل من طواف الزيادة دماً، وفي تأخير الأقل صدقة، وفي ترك الأكثر من طواف الصدر دم، وفي ترك أقله صدقة. وفي فتح القدير: ومبني هذا النقل ما تقدم من أن طواف الزيارة ركن عبادة والنية ليست شرطاً لكل ركن إلا ما يستقل عبادة بنفسه فشرط له نية أصل الطواف دون التعيين، فلو طاف في وقته ينوي النذر أو النفل وقع عنه كما لو نوى بالسجدة من الظهر النفل لغت ووقعت عن الركن وإن توالي الأشواط ليس بشرط لصحة الطواف كمن خرج من الطواف لتجديد وضوء ثم رجع بنى.

الزيارة قوله: (وجملته النخ) أي جملة الكلام في هذه المسائل السابقة ثم ما أفاده في هذا الحاصل من لزوم الصدقة في تأخير الأقل من طواف الزيارة موافق لما ذكره أولاً من قوله «أما بعدها فيلزمه صدقة» ومخالف لما بعده من التصريح بلزوم الدم في تأخير أكثره أو أقله. وفي اللؤلؤجية: لو طاف ثلاثة للزيارة وطاف طواف الصدر أكمل منه الزيارة ولزمه ترك طواف الصدر اتفاقاً ودم لتأخير الأشواط الأربعة من طواف الزيارة عن وقته إن كان طاف للصدر في آخر أيام التشريق عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه آخر الأكثر فصار كتأخير الكل ا هـ. ومقتضاه أنه لو كان المؤخر الأقل لم يلزمه دم وسنذكره قريباً عن التارخانية صريحاً. وفي القهستاني: لو أخر طواف الفرض كله أو أكثره عن أيام النحر؛ وفيه إشارة إلى أنه لو أخر أقل طوافه لم يجب عليه دم بل صدقة عنده ا هـ قوله: (وفي تأخير الأقل صدقة) زاد في التارخانية: عند أبي حنيفة وفي ترك كله أو أكثره يخرج من الإحرام وفي تأخير كله أو أكثره دم على الاختلاف.

قوله: (لكن في عبارته قصور النخ) قد يجاب بأنه تركه للاختلاف فيه ففي الباب وشرحه: ولو طاف للقدم جنباً فعليه دم على ما قاله بعض مشايخ العراق واختاره صدر الشريعة وقيل صدقة.

أقله أو طاف للركن محدثاً وللصدر طاهراً في آخر أيام التشريق ودمان لو طاف للركن

قوله: (أو ترك أكثر الصدر أو طافه جنباً وصدقة بترك أقله) أي يجب الدم ولما كان طواف الصدر واجباً وجب بترك كله أو أكثره دم، ويترك أقله صدقة لكل شوط نصف صاع من بر تفرقة بين الأكثر والأقل بخلاف الأقل من طواف الزيارة والعمرة حيث يجب دم بتركه لأنه طواف ركن فكان أقوى من الواجب، وقد قدمنا حكم ما إذا طاف للصدر جنباً لكن في عبارته قصور حيث لم يبين حكم طواف القدوم جنباً، وعبرة المجمع أولى وهي: وإن طاف للقدوم أو للصدر محدثاً وجبت صدقة، وجنباً دم، فأفاد أنه لا فرق بينهما في الحديثين. وأشار بالترك إلى أنه لو أتى بما تركه فإنه لا يلزمه شيء مطلقاً لأنه ليس بمؤقت، وفي الهداية ويؤمر بالإعادة ما دام بمكة إقامة للواجب في وقته قوله: (أو طاف للركن محدثاً وللصدر طاهراً في آخر أيام التشريق ودمان لو طاف للركن جنباً) أي تجب شاة في الأولى وشاتان في الثانية. أما في الأولى فهي بسبب الحدث ولم ينقل طواف الصدر إلى الزيارة لأنه لا فائدة في النقل لأنه لو نقل يجب عليه الدم لترك طواف الصدر إجماعاً إن كان رجع إلى أهله، سواء طاف للصدر في أيام النحر أو لا. قيد بقوله «في آخر أيام التشريق» لأنه لو طاف للصدر في أيام النحر ولم يرجع إلى أهله فإنه ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأن في النقل فائدة وهو سقوط الدم لأجل الحدث ثم يطوف للصدر ولا شيء عليه بخلاف ما إذا طاف للصدر في آخر أيام التشريق ولم يرجع إلى أهله حيث لا ينقل عند أبي حنيفة لأنه لا

قال صاحب العناية: الظاهر وجوب الصدقة. وقيل: لا شيء عليه لما في مبسوط شيخ الإسلام وشرح الطحاوي: ليس لطواف التحية صدقة، ولو طافه محدثاً فعليه صدقة على ما في عامة الكتب وصرح به عن محمد وهو مختار القدوري وصاحب الهداية وغيرهما هـ. أقول: لكن ما في المبسوط لا يدل على ما حكاه شارح اللباب من القول الثالث لأن نفي الصدقة صادق بوجوب الدم فيكون ذلك مؤيداً للقول الأول، وليس نصاً على أنه لا يجب شيء تأمل قوله: (وأما في الأولى) أي في المسألة الأولى وهي ما لو طاف للركن محدثاً وللصدر طاهراً في آخر أيام التشريق. وقوله «فهي» أي الجناية أو الشاة أي وجوبها بسبب الحدث في طواف الزيارة. وعبرة الشرح: لأنه في الوجه الأول لم ينتقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه واجب وإعادة الزيارة بسبب الحدث غير واجب وإنما هو مستحب فلا ينقل طواف الصدر إليه فيجب الدم بسبب الحدث في طواف الزيارة. وتبعه في النهر واعترض قول المؤلف «لأنه لا فائدة في النقل الخ» بقوله: وقد يقال إن نفي الفائدة ممنوع إذ لو نقل لسقط عنه الدم ووجب عليه الإعادة ما دام بمكة هـ. أي والحال أنه قد طاف للصدر في أيام النحر وإلا فلا فائدة في النقل لوجوب الدم بالتأخير، ولا يخفى عليك اندفاع هذا المنع لأنه قيده بكونه رجع إلى أهله، أما لو لم يرجع فقد ذكر أنه ينقل إن كان طاف في أيام النحر فتدبر قوله: (وأما في الثانية) أي وأما وجوب الدم في المسألة الثانية وهي ما لو طاف للركن جنباً وللصدر طاهراً في آخر

جنباً أو طاف لعمرته وسعى محدثاً ولم يعد أو ترك السعي أو أفاض من عرفات قبل

فائدة في النقل لوجوب دم بالتأخير على تقديره خلافاً لهما. وأما في الثانية فلأن في النقل فائدة وهي سقوط البدنة فيجب دم لتأخيره عن أيام النحر عنده، ودم لترك طواف الصدر إن رجع إلى أهله وإن كان بمكة فإنه يطوف للصدر ولا يلزمه إلا دم واحد للتأخير، فإن كان طاف للصدر في أيام النحر فإنه ينقل إلى طواف الزيارة ثم يطوف للصدر ولا شيء عليه أصلاً. قيد بكون الطواف الثاني للصدر لأنه لو أعاده بعد أيام النحر، فإن كان في الحدث الأصغر لا يلزمه شيء لأن بعد الإعادة لا يبقى إلا شبهة نقصان، وفي الحدث الأكبر يلزمه دم عند أبي حنيفة للتأخير. كذا في الهداية. وتعقبه في غاية البيان بأنه سهو لأن الرواية مسطورة في شرح الطحاوي أنه يلزمه الدم إذا أعاده بعد أيام النحر للتأخير، سواء كان بسبب الحدث أو الجنابة ١ هـ. وهكذا في المحيط سوى بين الحدثين وهذا قصور نظر من صاحب الغاية لأن في المسألة ثلاث روايات؛ فما في الهداية رواية عن أبي حنيفة ذكرها الإمام الولولجي في فتاواه وصدر بها واعتمدها، وما في شرح الطحاوي والمحيط رواية ثانية، وذكر الولولجي أيضاً رواية ثالثة عن أبي حنيفة أن عليه الصدقة في الحدث الأصغر، ووجهها بأنه أخر الجبر عن وقت الطواف فيبقى نوع نقص لكن نقصان التأخير دون نقصان ترك القضاء والواجب بترك القضاء هو الدم فكان الواجب بتأخير القضاء هو الصدقة ١ هـ.

قوله: (أو طاف لعمرته وسعى محدثاً ولم يعد) أي تجب شاة لتركه الواجب وهو الطهارة. قيد بقوله «ولم يعد» لأنه لو أعاد الطواف ظاهراً فإنه لا يلزمه شيء لارتفاع النقصان

أيام التشريق قوله: (لأنه لو أعاده) أي أعاد الركن قوله: (قيد بقوله ولم يعد) مقتضى جعله ذلك قيداً أن الواو فيه للحال كما هو ظاهر كلام الزيلعي وبه صرح مسكين ثم قال: وإن أعادهما لا شيء، وإن أعاد الطواف ولم يعد السعي قيل لا شيء عليه في الصحيح، وقيل عليه دم ١ هـ. واختار الأول شمس الأئمة كما ذكره الزيلعي تبعاً لتصحيح الهداية لكن قال في غاية البيان: وأكثر مشايخنا في شروح الجامع الصغير على خلاف ما ذهب إليه صاحب الهداية حيث قالوا: إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم لأن الإعادة تجعل المؤدى كأن لم يكن من وجه فيبقى السعي قبل الطواف وذلك خلاف المشروع لأن المشروع في السعي أن يكون بعد الطواف ١ هـ. قال في النهر: والأصح عدم وجوبه ولا نسلم انتقاض المؤدى بل معتد به والثاني يعتد به جابراً للدم، ولما كان جعل الواو للحال كما هو ظاهر ما في الشرح يلزم عليه المشي على مرجوح عدل العيني عنه فقال: أي ليس عليه إعادتهما لما علمت من أنها مندوبة فقط، وعندي أن هذا الحل أجل ١ هـ. وحيث مشى المؤلف على ما في الهداية فالتناسب أن يجعل قوله «ولم يعد» كلاماً مستأنفاً كما في العيني قوله: (ويرمل في طواف الزيارة النخ) هذا الكلام مع تعليقه يشير إلى أن القارن يرمل في طواف التحية كما قدمناه مصرحاً به عن الولولجية قوله: (لأنه لو طاف أقله محدثاً النخ) ذكر مثله في السراج لكنه

بالإعادة، ولا يؤمر بالعود إذا رجع إلى أهله لوقوع التحلل بأداء الركن مع الحلق والنقصان يسير، وما دام بمكة يعيد الطواف لأنه الأصل والأفضل أن يعيد السعي لأنه تبع للطواف، وإن لم يعده فلا شيء عليه وهو الصحيح لأن الطهارة ليست بشرط في السعي وقد وقع عقب طواف معتد به وإعادته لجبر النقصان كوجوب الدم لا لانفساخ الأول. ولو قال المصنف محدثاً أو جنباً لكان أولى لأنه لا فرق بين الحدين في طواف العمرة كما في المحيط وغيره، والقياس أنه لا يكتفي بالشاة فيما إذا طاف لعمرته جنباً لأن حكم الجنابة أغلظ من الحدث كما في طواف الزيارة لكن اكتفى بها استحساناً لأن طواف الزيارة فوق طواف العمرة. وإيجاب أغلظ الدماء وهو البدنة في طواف الزيارة كان لمعتين: وكادة الطواف وغلظ أمر الجنابة، فإذا وجد أحد المعتنين دون الثاني تعذر إيجاب أغلظ الدماء فاقتصرنا على الشاة. كذا في غاية البيان. وفي المحيط: ولو طاف القارن طوافين وسعى سعيين محدثاً أعاد طواف العمرة قبل يوم النحر ولا شيء عليه للجبر بجنسه في وقته، فإن لم يعد حتى طلع فجر يوم النحر لزمه دم لطواف العمرة محدثاً وقد فات وقت القضاء ويرمل في طواف الزيارة يوم النحر ويسعى بعده استحباباً ليحصل الرمل والسعي عقب طواف كامل، وإن لم يعد فلا شيء عليه لأنه سعى عقب طواف معتد به إذ الحدث الأصغر لا يمنع الاعتداد، وفي الجنابة إن لم يعد فعليه للسعي وكذا الحائض ا هـ. فالحاصل أن قولهم «إن المعتمر يعيد الطواف» محله ما إذا لم يكن قارناً، أما في القارن إذا دخل يوم النحر فلا إعادة، وعلل له محمد كما نقله ابن بدار في شرح الجامع الصغير بأنه لو أعاده لانتقضت عمرته لأنه يصير رافضاً لها بالوقوف وقد تأكدت فلا يمكن استدراك النقص بجنسه فيجبر بالدم. قال ابن سماعة فقلت لمحمد: إنك قلت في الأصل إن القارن لو طاف لها أربعة أشواط وسعى ولم يطف لحجته حتى وقف إنه يتم طواف العمرة يوم النحر ولا شيء عليه فقد أوجبت الإتمام وما أوجبت الدم. قال محمد: لأن هناك قدم شيئاً على شيء، وهنا الفساد وجد في جميع الطواف فإن لم نجوز وأبطلنا طوافه لرفضنا عمرته بمنزلة من لم يطف ا هـ. وقيد بكون طواف العمرة كله محدثاً والأكثر كالكل لأنه لو طاف أقله محدثاً وجب عليه لكل شوط نصف صاع من حنطة إلا إذا بلغت قيمته دماً فينقص منه ما شاء، ولو طاف أقله جنباً وجب عليه دم وتجب الإعادة في

خالف لما في الفتح عن المحيط ونصه: لو طاف للعمرة جنباً أو محدثاً فعليه شاة، ولو ترك من طواف العمرة شوطاً فعليه دم لأنه لا مدخل للصدقة في العمرة ا هـ. وفي اللباب: ولو طاف للعمرة كله أو أكثره أو أقله ولو شوطاً جنباً أو حائضاً أو نفساء أو محدثاً فعليه شاة، لا فرق فيه بين الكثير والقليل والجنب والمحدث لأنه لا مدخل في طواف العمرة للبدنة ولا للصدقة بخلاف طواف الزيارة، وكذا لو ترك منه أي من طواف العمرة أقله ولو شوطاً فعليه دم وإن أعاده سقط عنه الدم ا هـ.

الإمام أو ترك الوقوف بمزدلفة أو رمى الجمار كلها أو رمى يوم أو آخر الحلق أو

الحديثين كما في الظهيرية. وينبغي أن يكون هذا على الضعيف، أما على الصحيح من أن الإعادة فيما إذا طاف للركن محدثاً، إنما هي مستحبة، ففي طواف العمرة أولى. ولم يذكر المصنف حكم ما إذا ترك الأقل من طواف العمرة وصرح في الظهيرية بلزوم الدم، ولهذا لو طاف للعمرة في جوف الحجر ولم يعد حتى رجع إلى أهله لزمه دم لأنه ترك من الطواف ربه لأن الحجر ربع البيت، وإذا كان ذلك في طواف العمرة ففي طواف الفرض أولى. وأما في الطواف الواجب إذا دخل في جوف الحجر فإنه ينبغي أن تجب فيه الصدقة. كذا ذكر الشارح. ولا ينبغي التعبير بـ«ينبغي» لأن المصنف في المختصر قد صرح بلزوم الصدقة بترك الأقل من طواف الصدر، وينبغي أن لا فرق بين الطواف الواجب والتطوع في لزوم الصدقة لما أن الطواف وراء الحطيم واجب في كل طواف.

قوله: (أو ترك السعي أو أفاض من عرفات قبل الإمام أو ترك الوقوف بمزدلفة أو رمى الجمار كلها أو رمى يوم) أي تجب شاة بترك واجب من واجبات الحج وقد ذكرناها كلها في أول الكتاب. أراد بالترك الترك لغير عذر، أما إذا ترك واجباً لعذر فإنه لا شيء عليه كما صرح به في البدائع في ترك السعي أنه إن تركه لعذر فلا شيء عليه، وإن بغير عذر لزمه دم لأن هذا حكم ترك الوجوب في هذا الباب، أصله طواف الصدر حيث سقط عن الحائض بالحديث، وصرح في الهداية بأن في ترك الوقوف بمزدلفة بغير عذر رد ما لا لعذر، وصرح الولوالجي في فتاواه بأنه لو سعى راكباً من غير عذر لزمه دم إن لم يعده لأن المشي واجب وترك الواجب من غير عذر يوجب الدم، ولو أعاده بعد ما حل وجامع لم يلزمه دم لأن السعي غير مؤقت في نفسه إنما الشرط أن يأتي به بعد الطواف وقد وجد اهـ. وكذا لو أتى به بعد ما رجع إلى أهله وعاد إلى مكة لكنه يعود بإحرام جديد. كذا ذكره الأسيبجي. وقيد بتركه لأنه لو ترك ثلاثة أشواط أطعم لكل شوط نصف صاع إلا أن يبلغ دماً فينقص منه ما شاء وترك أكثره كترك كله، وقد قدمنا أن من الواجبات في السعي الابتداء بالصفاء فلو بدأ بالمروة لزمه دم. وأراد بالإفاضة قبل الإمام الدفع من عرفات قبل غروب الشمس، سواء كان مع الإمام أو وحده، وسواء كان الإمام أو غيره، لما أن استدامة الوقوف إلى غروب الشمس

قوله: (أما إذا ترك واجباً لعذر فإنه لا شيء عليه الخ) قيد بالواجب لأنه لو ارتكب محذوراً لعذر فإنه لا يسقط الجزاء كما في اللباب وسيأتي، ثم اعلم أن المراد بالعذر هنا ما لا يكون من جهة العباد كما حققه المؤلف آخر باب الإحصار، وذكر مثله في شرح اللباب عند قول اللباب «ولو فات الوقوف أي بمزدلفة بإحصار فعليه دم» فقال: هذا غير ظاهر لأن الإحصار من جملة الإعذار اللهم إلا أن يقال: إن هذا مانع من جانب المخلوق فلا تأثير في إسقاط دم الوجوب الألهي. ويدل عليه

واجبة حتى لو أبطأ الإمام بالدفع يجوز للناس الدفع قبله. وهذا الواجب إنما هو في حق من وقف نهاراً، أما إن وقف ليلاً فلا شيء عليه اتفاقاً لأن الجزء الأول من وقوفه اعتبر ركناً والجزء الثاني اعتبر واجباً. كذا في غاية البيان: فإن دفع قبل الغروب ثم عاد إن عاد بعد الغروب ففيه روايتان؛ ظاهر الرواية عدم السقوط والصحيح السقوط لأنه استدرك المتروك. كذا في غاية البيان. وإن عاد قبل الغروب ففيه اختلاف والقول بالسقوط أظهر خصوصاً على التصحيح السابق بل أولى، وقد قدمنا أن وقت الوقوف بمزدلفة من طلوع الفجر وآخر طلوع الشمس فالوقوف في غير وقته كتركه. وإنما وجب دم واحد بترك الجمار في الأيام كلها لأن الجنس متحد كما في الحلق، والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي وهو الرابع لأنه لم يعرف قربة إلا فيها وما دامت الأيام باقية فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف. ثم بتأخيرها يجب الدم عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وإن ترك رمي يوم فعليه دم ولو يوم النحر لأنه نسك تام. قيد برمي يوم لأنه لو ترك إحدى الجمار الثلاث فعليه صدقة لأن الكل نسك واحد في يوم فكان المتروك أقل فيلزمه لكل حصاة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو صاع من شعير إلا أن يبلغ دماً فينقص ما شاء إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف بأن يترك أحد عشر من واحد وعشرين فحينئذ يلزمه الدم لأن للأكثر حكم الكل. وذكر الأسيبجي أنه إن أخر رمي جمرة العقبة إلى اليوم الثاني لزمه دم، وإن أخر رميها في اليوم الثاني إلى الثالث أو في اليوم الثالث إلى الرابع ورمى الجمرتين لزمه صدقة لأنها في اليوم الأول كل الرمي في ذلك اليوم وفي غيره ثلث الرمي فيكون مؤخراً للأقل، ولو لم يرم الجمرتين لزمه دم لتأخير الأكثر، وعندهما لا شيء عليه للتأخير أصلاً.

قوله: (أو أخر الحلق أو طواف الركن) أي تجب شاة بتأخير النسك عن زمانه فإن الحلق وطواف الزيارة مؤقتان بأيام النحر، فإذا أخرهما عن أيام النحر ترك واجباً فيلزمه دم، وكذا بتأخير الرمي عن وقته كما قدمناه. وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما لا شيء عليه لحديث الصحيحين «لم أشعر حلقت قبل أن أذبح قال: افعل ولا حرج». وقال آخر: نحرنا قبل أن أرمي قال: افعل ولا حرج. فما سئل رسول الله ﷺ عن شيء قدم أو أخر إلا قال افعل ولا حرج. وله أن التأخير عن المكان يوجب الدم فيما إذا جاوز الميقات غير محرم فكذا

قول صاحب البدائع فيمن أحصر بعد الوقوف حتى مضت أيام النحر ثم خلى سبيله إن عليه دماً لترك الوقوف بمزدلفة ودماً لترك الرمي ودماً لتأخير طواف الزيارة. واستشكل بأن أي عذر أعظم من الإحصار، وأجيب بأن الإحصار بعدو لا بمرض كما يدل عليه قوله «ثم خلى سبيله» والإحصار بعدو ليس بعذر لسقوط الدم لأنه إكراه وهو ليس بعذر لأنه من جهة العباد، ألا ترى ما قالوا من أنه لو أكره على محظورات الإحرام كالطيب واللبس فإنه لا يتخير في الجزاء بين الصوم والدم والصدقة بل عليه عين ما وجب عليه هـ. وهو كلام حسن موافق لما حققه المؤلف وغيره كما سيأتي في

التأخير عن الزمان قياساً، والجامع كون التأخير نقصاناً. والمراد بالحرج المنفي الإثم بدليل أنه قال «لم أشعر» فعذرهم لعدم العلم بالمناسك قبل ذلك، وقوله عليه السلام «خذوا عني مناسككم» يفيد الوجوب. وعلى هذا الاختلاف إذا قدم نسكاً على نسك قال في معراج الدراية: اعلم أن ما يفعل في أيام النحر أربعة أشياء: الرمي والنحر والحلق والطواف. وهذا الترتيب واجب عند أبي حنيفة ومالك وأحمد ا هـ. لأثر ابن مسعود أو ابن عباس: من قدم نسكاً على نسك لزمه دم. وظاهره أنه إذا قدم الطواف على الحلق يلزمه دم عنده. وقد نص في المعراج في مسألة حلق القارن قبل الذبح أنه إذا قدم الطواف على الحلق لا يلزمه شيء. فالحاصل أنه إن حلق قبل الرمي لزمه دم مطلقاً. وإن ذبح قبل الرمي لزمه دم إن كان قارناً أو متمتعاً لا إن كان مفرداً لأن أفعاله ثلاثة. الرمي والحلق والطواف. وأما ذبحه فليس بواجب فلا يضره تقديمه وتأخيره، وعندهما لا يلزمه شيء بتقديم نسك على نسك للحديث السابق إلا أنه مسيء. نص عليه في المبسوط قيد بحلق الحج وطوافه لأن حلق العمرة وطوافها ليسا بمؤقتين بالزمان فلا يلزمه بتأخيرهما شيء وكذا طواف الصدر. وقيد بالطواف لأنه لا يلزمه بتأخير السعي شيء لعدم توقيته بزمان.

قوله: (أو حلق في الحل) أي تجب شاة بتأخير النسك عن مكانه كما إذا خرج من الحرم وحلق رأسه، سواء كان الحلق للحج أو للعمرة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا شيء عليه لأن النبي عليه السلام وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير

الإحصار قوله: (والقول بالسقوط أظهر النخ) قلت: وقد نص في الجوهرة على التصحيح بقوله: فإن عاد قبل الغروب سقط عنه الدم على الصحيح ا هـ. فالصحيح السقوط بالعود مطلقاً أي قبل الغروب وبعده. كذا في الشرنبلالية قوله: (أو ابن عباس) أتى به «أو» بناء على اختلاف نسخ الهداية كما نبه عليه في الفتح حيث قال: وفي بعض النسخ ابن عباس رضي الله تعالى عنهما وهو الأعرف. رواه ابن أبي شيبة عنه والطحاوي قوله: (وقد نص في المعراج النخ) قد ذكر المؤلف عند قول المتن «ثم إلى مكة» أن أول وقت صحة الطواف إذا طلع الفجر يوم النحر ولو قبل الرمي والحلق، وأما الواجب فهو فعله في يوم من الأيام الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ا هـ. وظاهره أنه لا يجب الترتيب بينه وبين الرمي والذبح والحلق. وفي الدر المختار عند عد الواجبات والترتيب بين الرمي والحلق والذبح يوم النحر، وأما الترتيب بين الطواف وبين الرمي والحلق فسنه، فلو طاف قبل الرمي والحلق لا شيء عليه ويكره (لباب) ا هـ. وبالأولى لو طاف القارن والمتمتع قبل الذبح لأن الذبح يجب بعد الرمي وقد علمت أن الطواف قبل الرمي لا يجب فيه شيء فبالأولى قبل الذبح قوله: (وقوله عليه السلام) بالرفع معطوف على القياس قوله: (وهذا الخلاف النخ) هذه عبارة الهداية. قال في الفتح: وهذا الخلاف في التضمنين بالدم لا في التحلل يعني أنه لا خلاف في أنه في أي مكان أو زمان أتى

طواف الركن أو حلق في الحل ودمان لو حلق القارن قبل الذبح.

الحرم، ولهما القياس على الذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه مع أن المحصر لا حلق عليه وإن فعل فحسن كما في المحيط وغيره. وقوله عليه السلام «خذوا عني مناسككم» فالحاصل أن الحلق يتوقت بالمكان والزمان عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا يتوقت بهما، وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان، وعند زفر على عكسه، وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم أما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق قوله: (ودمان لو حلق القارن قبل الذبح) أي يجب دمان عند أبي حنيفة بتقديم القارن أو المتمتع الحلق على الذبح، وعندهما يلزمه دم واحد، وقد نص ضابط المذهب محمد بن الحسن في الجامع الصغير على أن أحد الدمين دم القران والآخر لتأخير النسك عن وقته، وأن عندهما يلزم دم القران فقط لكن وقع لكثير من المشايخ اشتباه بسبب ذكر الدمين في باب الجناية فإن الظاهر من العبارات أن الدمين لأجل الجناية وإلا كان ذكر الدم الواحد كافياً للعلم بدم القران من بابه، ومنهم صاحب الهداية فإنه قال: فعليه دمان عند أبي حنيفة: دم بالحلق في غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح، ودم لتأخير الذبح عن الحلق. وعندهما يجب دم واحد وهو الأول ولا يجب بسبب التأخير شيء أ هـ. فجعل الدمين للجناية فنسبه في غاية البيان إلى التخبيط وإلى التناقض فإنه جعل في باب القران أحدهما للشكر والآخر للجناية، ونسبه في فتح القدير إلى أنه سهو من القلم لأنه لو وجب ذلك لزم في كل تقديم نسك على نسك دمان لأنه لا ينفك عن الأمرين ولا قائل به، ولوجب في حلق القارن قبل الذبح ثلاثة دماء في تفريع من يقول إن إحرام عمرته انتهى بالوقوف، وفي تفريع من لا يراه كما قدمناه خمسة دماء لأنه جنائية على إحرامين والتقديم والتأخير جنائتان ففيهما أربعة دماء ودم القران أ هـ. وهكذا في النهاية والعناية ولم أر جواباً عنه، وظهر لي أنه لا تخبيط ولا سهو من صاحب الهداية لما أن في

به يحصل به التحلل، بل الخلاف في أنه إذا حلق في غير ما توقت به يلزم الدم عند من وقته ولا شيء عليه عند من لم يوقته قوله: (ولكن وقع لكثير من المشايخ اشتباه الخ) قال في النهر: فيه نظر إذ لا معنى للاشتباه مع التصريح بأن أحدهما دم القران أ هـ. ونقل قبله عن شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد: قارن حلق قبل أن يذبح فعليه دمان. وقال أبو يوسف ومحمد: عليه دم واحد لجنائته على إحرامه. وقال أبو حنيفة: يلزمه دم آخر لتأخير الذبح على الحلق أ هـ. يعني فما في الهداية مبني على هذه الرواية لا اشتباه كما سيذكره المؤلف عن معراج الدراية.

قوله: (وظهر لي الخ) شروع في توجيه كلام الهداية. وحاصل ما اعترض عليه أن في كلامه خلافاً من أربعة أوجه: الأول مخالفته لما نص عليه في الجامع الصغير. الثاني مخالفته لما ذكر في باب القران. الثالث لزوم خمسة دماء على أحد القولين. الرابع مخالفته لما نص عليه في هذا الباب من عدم

المسألة اختلافاً، فما في الهداية مبني على قول بعضهم إنه يلزمه دم بالخلق في غير أوانه، إجماعاً كما صرح به في معراج الدراية وغيرها ويجب دم القران إجماعاً. ووقع الاختلاف بينهم في الدم الثالث فهنا مشى على هذا القول.

وأما قوله قريباً وقال لا شيء عليه في الوجهين وذكر منه ما إذا حلق قبل الذبح فهو بناء على أصل الرواية المنقولة في الجامع الصغير عنهما أو معناه لا شيء عليه عندهما بسبب التأخير، وأما بسبب الجناية فيقولان بوجوب الدم، وبهذا اندفع ما في العناية. وأما التناقض الذي ذكره صاحب الغاية فممنوع لأن ما ذكره في باب القران من لزوم دم واحد لو حلق قبل الذبح فإنما هو لمن عجز عن الهدي كما هو صورة المسألة فلم يكن جانياً بالخلق في غير أوانه لأن الشارع أباح له التحلل بالخلق، وإنما قدم نسكاً على نسك فقط فلزمه دم. وأما ما ذكره هنا من لزوم دمين لو حلق قبل الذبح فإنما هو لكونه جنائياً لأن الحلق لا يحل له قبل

وجوب شيء عندهما فيما إذا حلق قبل الذبح وسيشير إلى هذا، وقد استوفى رحمه الله تعالى الأجوبة عن جميع ما ذكر كما لا يخفى على الناظر، وأنت إذا تأملت ما هنا لم تر في النهر زيادة عليه بل جزمت بالعكس، فقله في النهر «وهذا الجمع لا تراه في غير هذا الكتاب» تمدح بنعمة غيره. نعم صرح بأن عدم مطابقة ما في الهداية لما في الجامع إنما هو على نقل فخر الإسلام وغيره لا على ما مر من عن الشهيد وقد أخذه من الحواشي السعدية، ولا يبعد أن يكون ما ذكره المؤلف عن المعراج هو هذا وأن المراد بالبعض هو المصدر قوله: (فما في الهداية مبني على قول بعضهم) أي لا على الرواية السابقة عن الجامع الصغير وهي رواية فخر الإسلام ومن هذا حذوه، بل على ما مر عن المصدر. وفي شرح إسماعيل عن الكافي بعد نقل كلام هذا البعض: ومن خطأ صاحب الهداية فلغفلته عن هذه الرواية قوله: (وبهذا اندفع ما في العناية) أي من أن ما هنا مناقض لما ذكره قريباً من أنه لا شيء عليه عندهما في الوجهين إلى أن قال: والحلق قبل الذبح ومن أن ذلك يأبى حمل كلامه على ما قاله بعضهم فإن ذلك صريح بأنهما لا يقولان في هذه الصورة بوجوب شيء يتعلق بالكفارة أصلاً، وبيان الاندفاع الذي ذكره أنه مشى في هذا الباب على القولين ففي مسألتنا على قول بعضهم، وما قدمه قبلها قريباً على أصل رواية الجامع أو أن ما قدمه قريباً معناه لا شيء عليه عندهما بسبب التأخير لا الجنائية كما حمله عليه في العناية، والمثبت هنا دم الجنائية في الإحرام، وهذا الجواب عن العناية والجواب الآتي عما في غاية البيان المذكوران في الحواشي السعدية قوله: (فإنما هو لكونه جنائياً) يعني أن قول الهداية «دم بالخلق في غير أوانه» أراد به الجنائية على الإحرام لا تقديم الحلق على الذبح يفصح عنه ما مر من الصدر الشهيد، وبه اندفع ما في الفتح من الإلزام كما سيشير إليه قريباً قوله: (وأما الإلزام إن ذلك يوجب دمين الخ) جواب عما أورده في الفتح من أنه لو وجب دم بتقديم الحلق ودم بتأخير الذبح لزم أن يجب الدمان في كل تقديم نسك على آخر لوجود التقديم والتأخير، والجواب أنك علمت أن

الذبح لقدرته عليه فكان جانياً مؤخراً فلزمه دمان، وأما إلزام أن ذلك يوجب دميين فيما إذا قدم نسكاً على نسك لأنه لا ينفك عن الأمرين ولم يقل به أبو حنيفة فممنوع أيضاً لأن الحلق قبل الذبح لا يحل فكان جنائية على الإحرام بخلاف الذبح قبل الرمي فإنه ليس بجنائية لأنه مباح مشروع في نفسه، وإنما لم يكن نسكاً كاملاً إذا قدمه فكيف يوجب دماً وليس بجنائية وإنما يجب دم واحد باعتبار التقديم، وبهذا يعلم أنه لو حلق قبل الرمي فهو كما لو حلق قبل الذبح بالأولى. وأما قوله «لوجب ثلاثة دماء» فنلتزمه لأنه على هذا القول يلزمه ثلاثة دماء، دمان للجنائية ودم القارن. وأما لزوم خمسة دماء فممنوع على كل قول لأن جنائية القارن إنما تكون مضمونة بدميين فيما على المفرد فيه دم. والمفرد لو حلق قبل الذبح لا يلزمه شيء فلا يتضاعف الغرم على القارن. هكذا أجاب في العناية. وأجاب في غاية البيان بأن التضاعف على القارن إنما يكون فيما إذا أدخل نقصاً في إحرام عمرته، أما فيما لا يوجب نقصاً فيه فلا يجب إلا دم واحد كما قدمناه فإنه قد أتى بركنها وواجبها، ولهذا إذا أفاض القارن قبل الإمام أو طاف للزيارة جنباً أو محدثاً لا يلزمه إلا دم واحد لأنه لا تعلق للعمرة بالوقوف وطواف الزيارة، وعلى تقدير أن يكون جنائية القارن مضمونة بدميين مطلقاً فإنه يلزمه أربعة دماء لا خمسة لأن حلقه قبل أوانه جنائية توجب دميين وتقديم النسك على النسك يوجب دماً واحداً ودم القارن، ويمكن أن يتعدد دم القارن ولا يمكن أن يتعدد دم التقديم باعتبار أنه جنائية لأن الجنائية على الحلق قبل أوانه وقد وجب فيها دمان فلا يجب شيء آخر. لهذا ما ظهر لي في توجيه كلام الهداية لكن المذهب خلافه كما قدمناه والله أعلم.

مراد الهداية بوجوب الدم بتقديم الحلق وجوبه بالجنائية لا من حيث هو تقديم، والذبح قبل الرمي مشروع في نفسه ليس بجنائية فإنه يحل له كل وقت بخلاف الحلق فإنه لا يحل للمحرم أصلاً. نعم الذبح الذي هو نسك لا يجوز تقديمه على الرمي، فإذا قدمه عليه لم يكن نسكاً كاملاً فيجب الدم باعتبار تقديمه مراداً به النسك لا بكونه نفسه جنائية قوله: (وإنما لم يكن نسكاً كاملاً إذا قدمه) كذا في هذه النسخة، وفي غيرها من النسخ «وإن لم يكن نسكاً إذا قدمه» ولم يظهر لي معناها والأولى موافقة لما قررته أولاً والمعنى وإنما انتفى كونه نسكاً كاملاً حين تقديمه، فقوله «إذا قدمه» متعلق بانتفى المفهوم من «لم يكن» كما في قوله تعالى ﴿ما أنت بنعمة ربك بمجنون﴾ [القلم: ٢] أي انتفى عنك ذلك بنعمة ربك كما ذكره في المغني قوله: (لأن جنائية القارن إنما تكون الخ) اعترضه في الحواشي السعدية بأن المفرد إنما لم يجب عليه شيء لأنه لا جنائية منه على إحرامه لعدم توقفت الحلق في حقه بكونه قبل الذبح، وأما القارن فليس كذلك ثم أجاب بما يأتي قوله: (أما فيما لا يوجب نقصاً فيه الخ) قدم عند قول المتن «فاحلق يوم النحر حل من إحراميه» عن فتح القدير أن قضاء الأعمال لا يمنع بقاء الإحرام والوجوب إنما هو باعتبار أنه جنائية على الإحرام فتأمل.

فصل إن قتل محرم صيداً أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء

وهو قيمة الصيد بتقويم عدلين في مقتله أو أقرب موضع منه فيشتري بها هدياً

فصل

إن قتل محرم صيد أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء لقوله تعالى ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ [المائدة: ١] الآية. ولحديث أبي فتاده السابق الدال على تحريم الإشارة والأمر فألحقت بالقتل استحساناً باعتبار تفويت الأمن وارتكاب محذور إحرامه وليس زيادة على الكتاب بخبر الواحد لأن الكتاب إنما نص على القتل وتخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه. وحقيقة الصيد حيوان ممتنع متوحش بأصل الخلقة، سواء كان بقوائمه أو بجناحه، فدخل الطبي المستأنس وإن كانت ذكاته بالذبح. وخرج البعير والشاة إذا استوحشا وإن كانت ذكاتها بالعقر لأن المنظور إليه في الصيدية أصل الخلقة وفي الذكاة الإمكان وعدمه، وخرج الكلب والنسور مطلقاً، أهلياً كان أو وحشياً، وإنما لم يذكر المصنف تعريفه لأنه علم من

فصل إن قتل محرم صيداً أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء

قوله: (فألحقت بالقتل استحساناً) الضمير يعود على الدلالة المفهومة من قوله «أو دل» وليس في الحديث ذكر الدلالة كما صرح به في الفتح، وقدمنا الكلام عليه في باب الإحرام وأن مسلماً أخرجه بلفظ «هل أشرت أم أعتمت قالوا: لا. قال: فكلوا وقد استدل في الهداية بالحديث، ووجهه في الفتح بأنه عليه اسلام علق الحل على عدم الإشارة وهي تحصيل الدلالة بغير اللسان فأحرى أن لا يحل إذا دله باللفظ فقال هناك صيد ونحوه هـ. وحاصله أن إلحاق المنع عن الدلالة بالإشارة ثابت بدلالة النص لأنه لما ذكر أن الحل ثابت مع عدم الإشارة فيثبت مع عدم الدلالة بالأولى لأنه لما علق على عدم الإشارة التي هي أضعف من الدلالة وكانت الإشارة ممنوعاً عنها علم المنع عن الدلالة التي هي أقوى بالأولى فافهم. بقي أن الحديث دل على حرمة اللحم بالدلالة لكن يلزمها أن تكون الدلالة محظورة فهي جناية على الإحرام، ولما فوتت الأمن على الصيد على وجه اتصال القتل بها كان فيها الجزاء قياساً على القتل كما أوضحه في الفتح. وقد ظهر أن الحديث لم يثبت به الحكم هو الجزاء بل ثبت بالقياس خلاف ما يومه كلام الهداية حيث عطف على الحديث قوله «ولأن الدلالة من محظورات وأنه تفويت الأمن فصار كالإتلاف» فإن ظاهره أن كلاً من الحديث والقياس مثبت له وليس كذلك كما نبه عليه في الفتح، وعن هذا استدل المؤلف على وجوب الجزاء بقوله «فألحقت بالقتل المنع». نعم قوله «ولحديث أبي قتادة الدال على التحريم» فيه نظر لما علمت. قوله: (وحقيقة الصيد حيوان ممتنع الخ) وقد يوجد من الحيوانات أن يكون في بعض البلاد وحشية الخلقة وفي بعضها مستأنسة كالجموس فإنه في بلاد السودان مستوحش ولا يعرف منه مستأنس عندهم. كذا في شرح الباب. ولم يبين حكمه صريحاً وظاهره أنه يعتبر في بلاد السودان صيداً حتى يحرم على المحرم صيده

إباحته بعد ذلك الشاة والبقر وما عطف عليه فعلم أن الصيد هو ما ذكر. ثم هو على نوعين: بري وبحري. فالبري ما يكون توالده في البر ولا عبرة بالثوى أي المكان، والمائي ما يكون توالده في الماء ولو كان مثواه في البر لأن التوالد أصل والكيونة بعد عارض، فكلب الماء والضفدع مائي. وأطلق قاضيه خان في الضفدع وقيد في فتح القدير بالمائي لإخراج الضفدع البري قال: ومثله السرطان والتمساح والسلحفاة. والمائي حلال للمحرم والبري حرام للآية ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾ [المائدة: ٩٦] وهو بعمومه متناول لما يؤكل منه وما لا يؤكل، فيجوز للمحرم اصطيد الكل وهو الصحيح كما في المحيط والبدائع وغيرهما. وبه يظهر ضعف ما في مناسك الكرماني من أنه لا يحل إلا ما يؤكل وهو السمك خاصة، فالمراد بالصيد في المختصر صيد البر إلا ما يستثنيه بعد ذلك من الذئب والغراب والحدأة وبقبة السباع. أما الذئب والغراب والحدأة فلا شيء في قتلها أصلاً، وأما بقية السباع ففيها تفصيل نذكره، وليس هذا الحكم المذكور هنا يشملها. وأما بقية الفواسق فليست بصيود فلا حاجة إلى استثناءها. وأطلق في الصيد فشمّل ما يؤكل وما لا يؤكل حتى الخنزير كما في المحيط وفيه: طير البحر لا يحل قتله لأن مبيضه ومفرخه في الماء ويعيش في البر والبحر فكان صيد البر من وجه فلا يجوز للمحرم. وشمل الصيد المملوك وغيره فإذا قتل المحرم صيداً مملوكاً لزمه قيمتان: قيمة للملكه وجزاء. ^(١) حقاً لله تعالى، كذا ذكره في المحيط في مسألة الهبة. وأطلق في القتل فشمّل ما إذا كان عن اضطرار

ما دام في بلادهم قوله: (للآية) قال في شرح اللباب: والظاهر أن ماء البحر لو وجد في أرض الحرم يحل صيده أيضاً لعموم الآية ولشمول قوله ﷺ «هو الطهور ماؤه والحل ميتته» ^(١) وقد صرح به الشافعية حيث قالوا: لا فرق بين أن يكون البحر في الحل أو الحرم أه قوله: (وفيه) أي المحيط «طير البحر الخ» يخالف لما مر من أن المعتبر التوالد لا الثوى لكن رأيت في اللباب ما نصه: وأما طيور البحر فلا يحل اصطيدها لأن توالدها في البر. قال شارحه: كذا في البدائع والمحيط قوله: (وأطلق في القتل الخ) قال في اللباب: ويستوي في وجوب الجزاء الرجل والمرأة، والعامد والناسي، والخاصي والساهي، والطائع والمكره، والمبتدئ والعائد، والحاج والمعتمر، والنائم واليقظان، والصاحي والسكران، والمفيق والمغمى عليه، والمباشرة بالنفس أو بالغير، فلو ألبسه أحد أو طييه أو حلق رأسه وهو نائم أولاً فعلى الفعول الجزاء، سواء كان بأمره أو لا أه. وفيه أيضاً: وشرائط وجوب الكفارة منها الإسلام فلا تجب على كافر، والعقل والبلوغ فلا تجب على صبي مجنون إلا إذا

(١) رواه أبو داود في كتاب الطهارة باب ٤١. الترمذي في كتاب الطهارة باب ٥٢. النسائي في كتاب الطهارة باب ٤٦. ابن ماجه في كتاب الطهارة باب ٣٨. الموطأ في كتاب الطهارة حديث ١٢. أحمد في مسنده (٢٣٧/٢، ٣٦١).

أو اختيار كما سيأتي، وشمل ما إذا كان مباشرة أو بتسبب لكن في المباشرة لا يشترط التعدي، فلو انقلب نائم على صيد فقتله يجب عليه الجزاء كما في المحيط وغيره، وأما التسبب فلا بد من التعدي فلو نصب شبكة للصيد أو حفر بئراً للصيد فعطب ضمن لأنه متعد، ولو نصب فسطاطاً لنفسه فتعقل به فمات أو حفر حفيرة للماء أو لحيوان مباح قتله كالذئب فعطب فيها لا شيء عليه، وكذا لو أرسل كلبه إلى حيوان مباح فأخذ ما يحرم أو أرسل إلى صيد في الحل وهو حلال فجاوز إلى الحرم فقتل صيداً الا شيء عليه لأنه غير متعد في السبب بخلاف ما لو رمى إلى فهد في الحل فأصابه في الحرم عليه الجزاء لأنه مباشرة ولا يشترط فيها التعدي حتى لو رمى إلى صيد فتعدى إلى آخر فقتلها ضمن قيمتهما، وكذا لو ضرب بالسهم فوق على بيض أو فرخ فأتلفهما ضمنهما. وعلى هذا فما في المحيط من أن أربعة نزلوا بيتاً بمكة ثم خرجوا إلى منى فأمرؤا أحدهم أن يغلق الباب وفيه حمام وغيرها فلما رجعوا وجدوها ماتت عطشاً فعلى كل واحد منهم جزاؤها لأن الأمرين جمع أمر تسببوا بالأمر والمغلق بالإغلاق انتهى. نحمل على ما إذا علموا بالطيور في البيت لأنه لا يكون تعدياً إلا به وإلا فلا شيء عليهم لفقد شرط التسبب وأراد بالدلالة الإعانة على قتله، سواء كانت دلالة حقيقية بالإعدام بمكانه وهو غائب أو لا.

وشرطوا في وجوب الجزاء على الدال المحرم خمسة شروط، وإن كان آثماً مطلقاً: أن

جن بعد الإحرام ولو بعد سنين فيجب عليه جزاء ما ارتكبه في الإحرام، ولا على كافر. وأما الحرية فليست بشرط فيجب على المملوك الصوم في الحال، وأما الدم والصدقة فيجب عليه أداؤه بعد العتق. ومنها القدرة على أداء الواجب وهي أن يكون في ملكه فضل مال على كفايته فحينئذ يؤخذ منه الطعام أو الدم أو لم يكن له فضل مال ولكن في ملكه عين الواجب من طعام أو دم صالح للتكفير، فإذا كان في ملكه ذلك وجب عليه أداؤه، والمعتبر في القدرة وقت الأداء لا وقت الوجوب ا هـ قوله: (وأراد بالدلالة الإعانة على قتله) لعل الحامل له على هذا ما مر في الحديث من قوله «أو أعنتم» وإلا لو أيد بالدلالة حقيقتها لم يشمل غيرها، وسيأتي ترجيح وجوب الجزاء بإعارة سكين ونحوها بناء على ذلك، ودخل في الدلالة الإشارة أيضاً وسيأتي تمامه قوله: (على الدال المحرم) قبل بالمحرم لأنه لو كان الدال حلالاً في صيد الحرم والحل فلا شيء عليه إلا أنه يحرم عليه ذلك (الباب) قال في شرحه وفي الغاية عن الخزائنة: لو دل حلال حلالاً على صيد الحرم فقتله فعليه قيمته وعلى الدال نصفها. وقال أبو يوسف: لا شيء على الدال ا هـ. والمذكور في المشاهير من الكتب عدم لزوم شيء على الدال مطلقاً عند أصحابنا الثلاثة خلافاً لزمرا هـ. ثم قال في اللباب: ولا يشترط كون المدلول محرماً فلو دل محرم حلالاً في الحل فقتله فعلى الدال الجزاء ولا شيء على المدلول قوله: (وإن كان آثماً مطلقاً) سيأتي عن النهر أن الأصح عدم الإثم فيما إذا علم المحرم به يعني المدلول قوله: (أن يتصل القتل بدلالته) أي يتحصل بسببها (شرح اللباب) قوله: (وأن لا ينقل الصيد) فلو انقلت ثم

يتصل القتل بدلالته فلا شيء على الدال لو لم يقتل المدلول، وإن لا يكون المدلول عالماً بمكان الصيد، وأن يصدقه في الدلالة، وأن يبقى الدال محرماً إلى أن يقتله المدلول، وأن لا ينفلت الصيد لأنه إذا انفلت صار كأنه جرحه ثم اندمل. فتفرع على الشرط الثالث ما في المحيط لو أخبر المحرم بالصيد فلم يره حتى أخبره محرم آخر فإن كذب الأول لم يكن عليه جزاء، وإن لم يكذبه ولم يصدقه فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لأنه بخبر الأول وقع العلم بمكان الصيد غالباً، وبالثاني استفاد علم اليقين فكان لكل واحد منهما دلالة على الصيد. وإن أرسل محرم إلى محرم فقال إن فلاناً يقول لك إن في هذا الموضع صيداً فذهب فقتله فعلى الرسول والمرسل والقاتل الجزاء لأن الدلالة وجدت منهما. وظهر بالشرط الثاني ضعف ما في المحيط معزياً إلى المنتقى من أنه لو قال خذ أحد هذين وهو يراهما فقتلهما كان على الدال جزاء واحد، وإن كان لا يراهما فعليه جزاءان ١ هـ. لأنه إذا كان يراهما كان عالماً بمكانهما وقد شرطوا عدم العلم بمكانه ولهذا لم يذكروا هنا الإشارة كما ذكروها في باب الإحرام لأنها خاصة بالحاضر، وشرط وجوب الجزاء عدم العلم بالمكان. فالحاصل أن الإشارة والدلالة سواء في منع المحرم

أخذه لا شيء على الدال إلا أنه يكره له ذلك (لباب) قوله: (فتفرع على الشرط الثالث ما في المحيط النخ) ظهر في هذا التفريع أنه ليس معنى التصديق أن يقول له صدقت بل أن لا يكذبه قوله: (وإن لم يكذبه ولم يصدقه) بأن أخبره فلم يره. كذا في الباب: قال شارحه: أي فإنه حينئذ يحتمل إخباره الصدق والكذب بخلاف ما إذا كان مشاهداً ظاهراً فإنه لا يحتمل أن لا يصدقه ولا أن يكذبه قوله: (فالحاصل أن الإشارة والدلالة النخ) قال في النهر: قدمنا في الإحرام أن كلاً من الإشارة والدلالة إنما يحرم إذا لم يعلم المحرم لا إن علم هو الأصح، وقيل يحرم مطلقاً، وعلم منه ثبوت حرمة، الإشارة مع عدم العلم اتفاقاً فيلزمه الجزاء بها بل هي أقوى من الدلالة، ثم رأيت في البدائع قال: لو دل عليه أو أشار إليه فإن كان المدلول يرى الصيد أو يعلم به من غير دلالة وإشارة فلا شيء على الدال، وإن رآه بدلالته فقتله فعليه الجزاء عند أصحابنا. وفي السراج: لو أشار المحرم لرجل إلى صيد فقال خذ ذلك الصيد فأخذه وصيداً كان معه في الوكر فعلى الأمر الجزاء في الأول دون الثاني، فقوله «إن الإشارة لا شيء فيها وإنهم لم يذكروها» ممنوع ولا تلازم بين الإشارة وعلم المشار إليه قبلها كما هو واضح. والشروط المتقدمة في الدلالة ينبغي أنها ثابتة فيها بالأولى إذ لا معنى لتكذيبه مع رؤيته له. وهذا وإن لم أره في كلامهم صريحاً إلا أن النظر الصحيح يقتضيه ١ هـ. قلت: يدل عليه ما ذكره المؤلف من قوله «وأراد بالدلالة الإعانة على قتله سواء كان دلالة حقيقة بالإعلام بمكانه وهو غائب أولاً فإنه ظاهر في أن المراد بالدلالة ما يعم الإشارة فإن أصل الدلالة في الغائب والإشارة في الحاضر كما مر في باب الإحرام على أنه ذكر الشيخ إسماعيل هناك عن البرجندي ما نصه: ولا يخفى أن ذكر الدلالة يغني عن الإشارة وقد تخصص الإشارة بالحضرة والدلالة بالغيبة ١ هـ. ومقتضاه أن الدلالة بالحضرة حقيقة أيضاً، وأما ما ذكره صاحب النهر أولاً من الاستدلال بالحرمة على لزوم الجزاء

منهما لكن الدلالة موجبة للجزاء بشروطها. والإشارة لا توجب الجزاء اللهم إلا أن يقال إن الأمر بالأخذ ليس من قبيل الدلالة فيوجب الجزاء مطلقاً، ويدل عليه ما في فتح القدير وغيره: لو أمر المحرم غيره بأخذ صيد فأمر بالمأمور آخر فالجزاء على الأمر الثاني لأنه لم يمثل أمر الأول لأنه لم يأت بالأمر بخلاف ما لو دل الأول على الصيد وأمره فأمر الثاني ثالثاً بالقتل حيث يجب الجزاء على الثلاثة، وكذا الإرسال كما ذكرناه آنفاً فقد فرقوا بين الأمر المجرد والأمر مع الدلالة. ودخل تحت الإعانة ما ذكره في المحيط: محرم رأى صيداً في موضع لا يقدر عليه فدلّه محرم آخر على الطريق إليه أو رأى صيداً دخل غاراً فلم يعرف باب الغار فدلّه محرم آخر على بابه فذهب إليه فقتله، فعلى الدال الجزاء أيضاً لأنه حين دله على الطريق والباب كأنه دله على الصيد. وكذلك محرم رأى صيداً في موضع لا يقدر عليه إلا أن يرميه بشيء فدلّه محرم على قوس ونشاب أو دفع ذلك إليه فرماه فقتله. فعلى كل واحد جزاء كامل ١ هـ. مع أنه في هذه المسائل مشاهد للصيد فعلم أن الدلالة إذا فقد شرط منها لا يمتنع وجوب الجزاء بسبب الإعانة. واختلفوا في إعارة السكين أو القوس أو النشاب هل هي إعادة موجبة للجزاء على المعير، فصريح عبارة الأصل أنه لا جزاء على صاحب السكين وإن كان مكروهاً فحمله أكثر المشايخ على ما إذا كان مع القاتل سلاح. أما إذا لم يكن معه ما يقتل به فالجزاء واجب لأن التمكن بإعارته، وجزم به في المحيط وإليه أشار في السير. وصحح السرخسي في مبسوطه أنه لا جزاء على المعير على كل حال لأن الإعارة ليست إتلافاً حقيقة ولا حكماً بخلاف الدلالة فإنها إتلاف معنى، والظاهر ما عليه الأكثر من التفصيل لما ثبت في صحيح

ففيه نظر، لأنه لو فقد أحد الشروط السابقة يبقى الإثم مع عدم الجزاء، وكذا الرّفث محظور مع عدم الجزاء فيه، ثم قال في النهر: وقوله «اللهم إلا أن يقال النخ» ممنوع بل الأمر من قبيل الدلالة، فقد علل في السراج ما في الفتح من كون الجزاء في الأمر على الثاني فقط بأنه أمره بالقتل ولم يأمره بالدلالة فلم يكن ممثلاً ما أمر به ١ هـ. فجعل الأمر الثاني دلالة، ولا فرق بينه وبين الأول. غاية الأمر أنه لما لم يمثل أمره فكأنه كذبه. وإنما تعدد الجزاء في الثانية باعتبار الدلالة لا الأمر لعدم امتثاله إياه فلم يبق ثمة إلا دلالة تعددت والأمر بعدها ليس تكذيباً لها فما في الفتح لا دلالة فيه قوله (إذا فقد شرط منها النخ) أي لو فقد شرط من شروط الدلالة السابقة ووجدت الإعانة لا يمتنع الجزاء بسبب الإعانة كما هنا، فوجب الجزاء للإعانة لا للدلالة. وجعل في النهر ما ذكره في المحيط مما ألحق بالدلالة قال: لا حاجة لما في البحر لأن تعليقه في المحيط ياباه ١ هـ. تفسيره الدلالة فيما مر بالإعانة يغني عما ذكره هنا كما أشرنا إليه. قوله (فحمله أكثر المشايخ النخ) قال في البدائع: ونظير هذا ما لو قالوا أن محرماً رأى صيداً وله قوس أو سلاح يقتل به ولم يعرف ذلك في أي موضع فدلّه محرم على سكينه أو على قوسه فأخذ فقتله به، إن كان يجد غير ما دله عليه مما يقتل به لا يضمن الدال، وإن لم يجد غيره ضمن ١ هـ. ونعمته في شرح الباب قوله (وقد يقال لا يصح القياس النخ)

وذبحه أن بلغت هدياً أو طعاماً وتصدق به كالفطرة أو صام عن طعام كل مسكين يوماً

مسلم من حديث أبي قتادة «هل أعنتم»، ولا شك أن إعارة السكين إعانة عليه. ثم اعلم أن هذا الجزاء كفارة وبدل عندنا، أما كونه كفارة فلو جود سببها وهو الجنابة على الإحرام بارتكاب محذور إحراره ولهذا قال ﴿أو كفارة طعام مساكين﴾ [المائدة: ٩٥] وأما كونه بدلاً فلو جود سببه وهو إلتاف صيد متقوم ولهذا اعتبرت المماثلة بين المقتول والجزاء، ولهذا ذكر المصنف آخر الباب أنه لو اجتمع محرمان في قتل صيد تعدد الجزاء لأن الواجب كفارة في حق الجاني وجب جزاء على فعله وفعل كل واحد جنابة على حدة بخلاف الحلالين كما سيأتي. ثم اعلم أيضاً أن الجزاء بتعدد المقتول إلا إذا قصد به التحلل ورفض إحراره كما صرح به في الأصل فقال: اصطاد المحرم صيداً كثيراً على قصد الإحلال والرفض لإحراره فعليه لذلك كله دم لأنه قاصد إلى تعجيل الإحلال إلى الجنابة على الإحرام وتعجيل الإحلال يوجب دماً واحداً كما في المحصر. كذا في المبسوط. وقد يقال: لا يصح القياس لما أن تعجيل الإحلال في المحصر مشروع بخلافه هنا ولهذا كان قصده باطلاً ولا يرتفع به الإحرام فوجوده وعدمه سواء.

قوله: (وهو قيمة الصيد بتقويم عدلين في مقتله أو أقرب موضع منه فيشتري بها هدياً وذبحه إن بلغت هدياً أو طعاماً وتصدق به كالفطرة أو صام عن طعام كل مسكين يوماً) أي الجزاء ما ذكر لقوله تعالى ﴿ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياماً ليذوق وبال أمره﴾ [المائدة: ٩٥] اطلق المصنف ولم يقيد بالعمد كما في الآية لأنه لا فرق بين الناسي والعامد كإلتاف الأموال لأن هذا الجزاء ليس كفارة محضة كما قدمنا. والتقييد به في الآية لأجل الوعيد المذكور في آخرها لا لوجوب الجزاء، لأن الآية نزلت في حق من تعدى كما ذكره القاضي البيضاوي. وأشار بذكر القيمة فقط إلى أنها المراد بالمثل في الآية وهو المثل معنى لا المثل صورة ومعنى، وإنما لم يعمل بالكامل كما قال محمد والشافعي فإنهما أوجبا النظير فيما

قدم في تعليل عدم لزوم الدم فيما إذا نوى بالجماع الثاني رفض الحج الفاسد أنه استند إلى قصد واحد وهو تعجيل الإحلال وإن أخطأ في تأويله وهو مذكور في الفتح، وقدمنا عن الكافي أن التأويل الفاسد معتبر في رفع الضمان كالبಾಗಿ إذا أتلّف مال العادل. قال في الشرنبلالية: بعد التعليل السابق وعلى هذا سائر محظورات الإحرام ١ هـ. فالظاهر أنه ليس المراد القياس على المحصر بل مجرد التشبيه تأمل. وقول المؤلف «فوجوده وعدمه سواء» ممنوع لما علمت وقدمنا عن اللباب تعميم المسألة في سائر المحظورات وأن نية الرفض إنما تعتبر ممن زعم أنه خرج منه بهذا القصد لجهله قوله (وكذلك في قوله تعالى فاعتدوا عليه النخ) اعترضه في الحواشي السعدية بأن الآية دلت على إيجاب الضمان بالمثل صورة ومعنى في غصب المثليات كما سيجيء في كتاب الغصب، وعلى إيجاب الضمان

به نظير لأن المعهود في الشرع في القيميات المثل معنى فإنه لو أئلف بقرة لإنسان مثلاً لا يلزمه بقرة مثلها اتفاقاً لأن المثل معنى مراد بالإجماع فيما لا نظير له وهو مجاز فلا يراد المعنى الحقيقي وهو المثل صورة ومعنى لعدم جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز، وكذلك في قوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] أريد المثل معنى وهو القيمة، وأما رد العين فثابت بالسنة أو لما في حملنا على المثل معنى من التعميم لشموله ماله نظير له وما لا نظير له، وإذا حمل على المثل الكامل كانت الآية قاصرة على ماله نظير. وعلى هذا فكلمة «من النعم» بيان لـ«ما» وهو المقتول لا للمثل. والنعم كما يطلق على الأهلي يطلق على الوحشي كما قاله أبو عبيده والأصمعي، وأراد بقيمة الصيد قيمة لحمه. قال الكرمانى في مناسكه: يقوم الصيد لحماً عندنا. وقال زفر: يجب قيمته بالغة ما بلغت. وفائدة الخلاف لو قتل بازياً معلماً فعندنا تجب قيمته لحماً، وعنده تجب قيمته معلماً. وفي الاختيار: وإذا كان المراد من الجزء القيمة يقوم العد لأن اللحم لا الحيوان، والمراد أنه يقوم من حيث الذات لا من حيث الصفة لأنها أمر عارض ولو كانت الصفة بأمر خلقي كما إذا كان طيراً يصوت فازدادت قيمته لذلك ففي اعتبار ذلك في الجزء روايتان، ورجح في البدائع اعتبارها بخلاف ما إذا أئلف شيئاً مملوكاً فإن القيمة تعتبر من حيث الذات والصفات إلا إذا كان الوصف لمحرّم من اللّهُو كقيمة الديك لنقاره والكبش لنطاحه فإنها لا تعتبر كالجارية المغنية. وليس مرادهم أنه يقوم لحمه بعد قتله وإنما يقوم وهو حي باعتبار ذاته بدليل أن مالا يؤكل لحمه لا يصح أن يقوم لحمه بعد قتله إذ ليس له قيمة وإنما يقوم باعتبار جلده وكونه صيداً حياً ينتفع به، وليس مرادهم إهدار صفة الصيد بالكلية لما أنهم اتفقوا على أنه لو قتل صيداً حسناً مليحاً له زيادة قيمة تجب قيمته على تلك الصفة كما لو قتل حمامة مطوقة أو فاختة مطوقة كما صرح به في البدائع. وإنما المراد إهدار ما كان بصنع العباد. وأراد بالعدل من له معرفة وبصارة بقيمة الصيد لا العدل في باب الشهادة، وقيد بالعدلين لأن العدل الواحد لا يكفي لظاهر

بالمثل معنى في غضب القيمات إذا هلك العين المغصوب كما اعترف به هنا فانتظم لفظ المثل كليهما فورد الاعتراض ورد العين أمر آخر ليس من إيجاب ضمان المثل فتأمل.

قوله: (أو لما في حملنا) معطوف على قوله «العدم» قوله: (ورجح في البدائع اعتبارها) لما سيذكره من الاتفاق على اعتبار الحسن والملاحه، فإنها أمر خلقي وهذا يشكل على الرواية الثانية قوله: (بدليل أن ما لا يؤكل لحمه لا يصح أن يقوم لحمه الخ) ولأنه يلزم عليه أن الجلد لا يقوم وعن هذا اختار في النهر ما في العناية من أن المراد بالقيمة من حيث إنه صيد لا من حيث ما زاد بالصنعة فيه قوله: (وصححه في شرح الدرر) تابعه على ذلك في النهر، وفيه أن عبارته كعبارة المصنف هنا فإنه قال: وهو ما قومه عدلان، وأنت ترى أن لا تصحيح فيها نبه عليه في الشرنبلالية.

النص وصححه في شرح الدرر.

وفي الهداية قالوا: والواحد يكفي والمثنى أولى لأنه أحوط وأبعد من الغلط كما في حقوق العباد، وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص ا هـ. وفي فتح القدير: والذين لم يوجبوه حملوا العدد في الآية على الأولوية لأن المقصود زيادة الأحكام والإتقان، والظاهر الوجوب وقصد الأحكام والإتقان لا ينافيه بل قد يكون داعيته ا هـ. وينبغي أن يكتفى بالقاتل إذا كان له معرفة بالقيمة وأن يحمل ذكر الحكمين على الأولوية على قول من يكتفى بالواحد لكنه يتوقف على نقل ولم أره. وكلمه «أو» في قوله «أو أقرب المواضع» للتوزيع لا للتخيير يعني أن الحكمين يقومانه في مكان قتله إن كان يباع فيه، وفي أقرب المواضع إلى مكان قتله كالبرية. ولا بد من اعتبار المكان ومن اعتبار زمان قتله لاختلاف القيم باختلاف الأمكنة والأزمنة. والضمير في قوله «فيشتري» راجع إلى القاتل فأفاد أنه بعد تقويم الحكمين الخيار للقاتل بين الأشياء الثلاثة، ولا خيار للحكمين لأن التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين، وليس في الآية دلالة على اختيارهما لأن قوله «أو كفارة أو عدل» بالرفع عطفاً على «جزاء» وليس منصوباً عطفاً على «هدياً» فاقضى أن لا خيار لهما في الإطعام والصيام فلزم أن لا خيار لهما في الهدى لعدم القاتل بالفصل كما في العناية، أو لأن «هدياً»

وقد يقال: جعله إياه متناً واقتصاره عليه يفيد تصحيحه إذ لو اعتقد ضعفه لذكر مقابله تأمل قوله: (وينبغي أن يكتفى بالخ) قال أقول في الباب: ويشترط للتقويم عدلان غير الجاني. قال شارحه: على ما نسبته ابن جماعة إلى الحنيفة ولعله لعله التهمة ا هـ. قوله: (وإن يحمل ذكر الحكمين على الأولوية) الأولى حذفه كما لا يخفى. وقوله «على قول من يكتفى» متعلقاً بقوله «يكتفى» والضمير في قوله «ولم أره» للاكتفاء بالقاتل، إما حمل ذكر الحكمين على الأولوية فهو منقول ذكره قريباً قوله: (ولا خيار للحكمين) نفى لقول محمد الشافعي أن الخيار إلى الحكمين في ذلك فإن حكماً بالهدى يجب النظر وإن حكماً بالطعام أو بالصيام فعلى ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله من اعتبار القيمة من حيث المعنى. كذا في العناية قوله: (أو لأن هدياً حال الخ) اقتصر من إعراب الآية على موضع الاستدلال وأعربها في الفتح بتمامها فنذكر حاصله أيضاً حالاً هنا، وذلك أنه قرئ بتنوين «جزاء» ورفع «مثل» وبدونه على الإضافة البيانية والمعنى واحد أي فجزاء هو مثل ما قتل. ومضمون الآية شرط وجزاء حذف منه المبتدأ بعد فاء الجزاء أو الخبر أي فالواجب جزاء، أو فعليه جزاء، «ومن النعم» بيان لـ«ما» أو للعائد إليها أي ما قتله من النعم وهو في موضع الحال، وجمله، «يحكم به» صفة فجزاء الذي هو القيمة أو صفة مثل الذي هو هي لأن مثلاً لا تتعرف بالإضافة فجاز وصفها ووصف ما أضيف إليها بالجملة. «وهدياً» حال مقدرة من ضمير «به» الراجع إلى موصوف الجملة «وبالغ الكعبة» صفة «هدياً» النكرة لأن الإضافة لفظية «أو كفارة» «أو عدل» معطوفان على «جزاء» والمعنى على هذا فالواجب عليه جزاء هو قيمة ما قتله من النعم الوحشي يحكم بذلك الجزاء الذي هو القيمة

حال من ضمير «به» وهي حال مقدرة أي صائراً هدياً به. وذلك في نفس الأمر بواسطة الشراء بها أو بغير ذلك، وكون الحال مقدرة كثير. وهو وإن لم يلزم على تقدير المخالف فيها يلزم على تقديره في وصفها وهو بالغ الكعبة فإنه لا يصح حكمهما بالهدي موصفاً ببلوغه إلى الكعبة حال حكمهما به على التحقيق، بل المراد يحكمان به مقدراً ببلوغه، فلزوم التقدير ثابت غير أنه يختلف محله على الوجهين. ثم على كل تقدير لا دلالة للآية على أن الاختيار للحكمين بل الظاهر منها أنه إلى من عليه فإن مرجع ضمير المحذوف من الخبر أو متعلق المبتدأ إليه أعني ما قررناه من قولنا فالواجب عليه أو فعلية. كذا في فتح القدير. وأشار بقوله «هدياً» إلى أنه لو اختار الهدي لا يذبحه إلا بالحرم لصريح قوله «بالغ الكعبة» مع أن الهدي ما يهدي من النعم إلى الحرم، وقول الفقهاء لو قال إن فعلت كذا فثوبى هذا هدي أو إن لبست من غزلك فهو هدي مجاز عن الصدقة بقرينة التقييد بالشوب والغزل والكلام في مطلق الهدي، فلو ذبحه في الحل لا يجزئه عن الهدي بل عن الإطعام فيشترط أن يعطي لك فقير قدر قيمة نصف صاع حنطة أو صاع من غيرها إن كانت قيمة اللحم مثل قيمة المقتول وإلا فيكمل. وأشار بقوله «إن بلغت هدياً» إلى أنه إذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزىء في الأضحية حتى لو لم تبلغ قيمة المقتول إلا عناقاً أو حملاً يقوم بالإطعام أو الصوم لا بالهدي ولا يتصور التكفير بالهدي إلا أن تبلغ قيمته جذعاً عظيماً من الضأن أو ثنياً من غيره لأن مطلق الهدي في الشرع ينصرف إلى ما يبلغ ذلك السن لأنه المعهود في إطلاق هدي

عدلان حال كونه صائراً هدياً بواسطة القمية أو كفارة الخ. أي الواجب أحد الأمرين من القيمة الصائرة هدياً ومن الإطعام والصيام المبنيين على تعرف القيمة هـ. ملخصاً. ولا يخفى أن مقتضى كلامه أخيراً أن يكون «أو عدل» معطوفاً على «طعام» الذي هو بدل من كفارة أو عطف بيان أو خبر لمحذوف لا على جزاء قوله: (أي صائراً هدياً به) الظاهر أن ضمير «به» يعود على الحكم المفهوم من «يحكم» في الآية وأن ضمير «بها» يعود على القيمة المفسر بها الجزاء أو المثل وأن المناسب إسقاط الباء الجارة من قوله «أو بغير ذلك» كما في الفتح ليكون عطفاً على الشراء لا على «بواسطة» والمراد بغير الشراء ما يحصل به ملك الهدي من هبة وإرث ونحوهما قوله: (وهو وإن لم يلزم) كأنه جواب سؤال مقدر تقديره سلمنا أن كونها مقدرة كثير لكنه خلاف الأكثر فالأولى كونها مقارنة فيثبت أنه يصير هدياً باختيارهما كما هو قول محمد والشافعي. فأجاب بأن كونها مقدرة في الآية وإن لم يلزمهما على ما قرره فيها لكنه لازم في وصفها وهو «بالغ الكعبة» لظهور أن بلوغه الكعبة متراخ عن الحكم بكونه هدياً قوله: (يقوم بالإطعام الخ) قال في الباب: ولا يجوز الصغار كالجفرة والعناق والحمل إلا على وجه الإطعام بأن يعطي كل فقير ما يساوي قيمة نصف صاع من بر قوله: (كما قدمناه) أي قريباً من مسألة الشوب والغزل قوله: (وأشار بقوله كالقطرة الخ) قال في شرح الباب: وهل يشترط عدد

المتعة والقران والأضحية، وإنما يراد به غير ما ذكرنا مجازاً بقريئة التقييد كما قدمناه. وأفاد بقوله «ذبحه» إلى أن المراد التقرب إلى الله تعالى بالإراقة، فلهذا لو سرق بعد الذبح أجزاءه، ولو تصدق بالهدي حياً لا يجزئه. وأما التصدق بلحم القربان فواجب عند الإمكان، فلو أتلفه بعد الذبح ضمنه فيتصدق بقيمته ولا ينعدم الإجزاء به. وكذا لو أكل بعضه فإنه يغرم قيمة ما أكل. ويجوز أن يتصدق بجميع اللحم على مسكين واحد، وكذا ما يغرمه من قيمة أكله. وأطلق في الطعام والصوم فدل على أنهما يجوزان في الحل والحرم ومتفرقاً ومتتابعاً لإطلاق النص فيهما.

وأشار بقوله «كالفطرة» إلى أنه يطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير، وليس له أن يطعم واحداً أقل منه، وله أن يطعم أكثر تبرعاً حتى لا يحتسب الزيادة من القيمة كيلا ينتقص عدد المساكين. هكذا ذكره ههنا وقد حققنا في باب صدقة الفطر أنه يجوز أن يفرق نصف الصاع على مساكين على المذهب وأن القائل بالمنع الكرخي فينبغي أن يكون كذلك هنا خصوصاً، والنص هنا مطلق فيجري على إطلاقه لكن لا يجوز أن يعطي لمسكين واحد كالفطرة لأن العدد منصوص عليه، وإلى أنه يجوز التصدق على الذمي كالمسلم كما هو الحكم في المشبه به والمسلم أحب، وإلى أنه لا يجوز أن يتصدق بجزاء الصيد على أصله وإن علا، وفرعه وإن سفل، وزوجته وزوجها كما هو الحكم في كل صدقة واجبة كما أسلفناه في باب المصرف. وصرحوا هنا بأنه لا يجوز التصدق بشيء من جزاء الصيد على من لا تقبل شهادته له، وما ذكرناه أولى لكن يرد على المصنف أن الإباحة تكفي في جزاء الصيد في الإطعام كالتمليك كما صرح به الإمام الأسيبجاوي، ولا يكفي في الفطرة. وأشار أيضاً بقوله «كالفطرة» إلى أن دفع القيمة جائز فيدفع لكل مسكين قيمة نصف صاع من بر، ولا

المساكين صورة في الإطعام تمليكاً وإباحة؟ قال أصحابنا: ليس بشرط حتى لو دفع طعام ستة مساكين وهو ثلاثة أصع إلى مسكين واحد في ستة أيام كل يوم نصف صاع أو غدى مسكيناً واحداً أو عشاء ستة أيام أجزأه عندنا، أما لو دفع طعام ستة مساكين إلى مسكين واحد في يوم دفعة واحدة أو دفعات فلا رواية فيه، واختلف مشايخنا فقال بعضهم يجوز، وقال عامتهم لا يجوز إلا عن واحد وعليه الفتوى اهـ.

قوله: (فينبغي أن يكون كذلك هنا) تابعه عليه في النهر ولا يخفى أنه بحث مع المنقول قوله: (كما هو الحكم في المشبه به) تقدم في المصرف أن فيه خلاف أبي يوسف وذكرنا عن الحاوي أنه قال: وبه نأخذ قوله: (وما ذكرناه أولى) كان وجه الأولوية أنه يلزم على ما قالوه أن لا يجوز التصدق به على شريكه لأنه لا تقبل شهادته له فيما هو من شركتهما لكن نفي القبول ينصرف إلى الكامل وهو عدم القبول مطلقاً والشريك ليس كذلك بل تقبل في الجملة قوله: (لكن يرد على المصنف الخ) قال في النهر: قد عرف أن المشبه لا يلزم أن يعطى حكم المشبه به من كل وجه على أن الظاهر أن التشبيه إنما هو في المقدار كما جرى عليه الشارح وغيره اهـ. ثم الإباحة بالوضع والعرض للفقير وهذا عند

ولو فضل أقل من نصف صاع تصدق به أو صام يوماً وإن جرحه أو قطع عضوه أو نشف شعره ضمن ما نقص ونجب القيمة بنتف ريشه وقطع قوائمه وحلبه وكسر بيضه يجوز النقص عنها كما في العين كما صرحوا به في مسألة ذبح الهدي في الحل فإنه يجوز باعتبار القيمة كما قدمناه .

قوله : (ولو فضل أقل من نصف صاع تصدق به أو صام يوماً) لأن الواجب عليه مراعاة المقدار وعدد المساكين وقد عجز عن مراعاة المقدار فسقط، وقدر على مراعاة العدد فلزمه ما قدر عليه بخلاف كفارة اليمين لأنها مقدرة بإطعام عشرة مساكين، كل مسكين نصف صاع لا يزيد ولا ينقص . أما القيمة هنا تزيد وتنقص فيخير إن شاء تصدق به على مسكين وإن شاء صام يوماً كاملاً لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع . وأشار إلى أن الواجب لو كان دون طعام مسكين بأن قتل يربوعاً أو عصفوراً فهو غير أيضاً، وإلى أنه يجوز الجمع بين الصوم والإطعام بخلاف كفارة اليمين . والفرق أن في كفارة الصيد الصوم أصل كالإطعام حتى يجوز الصوم مع القدرة على الإطعام فجاز الجمع بينهما وإكمال أحدهما بالآخر، وأما في كفارة اليمين فالصوم بدل عن التكفير بالمال حتى لا يجوز المصير إليه مع القدرة على المال فلا يجوز الجمع بين الأصل والبدل للتنافي . وشمل كلامه ما إذا كان هذا الفاضل من جنس ما فعله أولاً حتى لو اختار الهدي وفضل من القيمة ما لا يبلغ هدياً فهو غير في الفضل أيضاً . وعلى هذا لو بلغت قيمته هديين إن شاء ذبحهما، وإن شاء تصدق بالطعام، وإن شاء صام عن كل نصف صاع يوماً، وإن شاء ذبح أحدهما وأطعم وصام عما بقي فيجمع بين الأنواع الثلاثة أو يتصدق بالقيمة من الدراهم أو الدنانير . وذكر الولوالجي في فتاواه أن المعتبر في الطعام قيمة الصيد، وفي الصوم قيمة الطعام، وهكذا في البدائع قوله : (وإن جرحه أو قطع عضوه أو نشف شعره ضمن ما نقص) اعتباراً للبعض بالكل كما في حقوق العباد . أفاد بمقابلة الجرح للقتل المتقدم أنه لم يمت من هذا الجرح لأنه لو مات منه

أبي يوسف خلافاً لمحمد، وعن أبي حنيفة روايتان والأصح أنه مع الأول لكن هذا الخلاف في كفارة الخلق من الأذى، وأما كفارة الصيد فيجوز الإطعام على وجه الإباحة بلا خلاف فيضع لهم طعاماً ويمكنهم منه حتى يستوفوا أكلتين مشبعتين غداء وعشاء، أو سحوراً وعشاء، أو غدائين أو عشاءين، لكن الأول أولى فإن غداهم لا غير أو عشاها فقط لا يجزئه لكن إن غداهم وأعطاهم قيمة العشاء أو بالعكس جاز، والمستحب أن يكون مادوماً، وفي الهداية : لا بد من الإدام في خبز الشعير . وفي المصنف : غير البر لا يجوز إلا بإدام . وفي البدائع : يستوي كون الطعام مادوماً أو غير مادوم حتى لو غداهم وعشاها خبزاً بلا إدام أجزاءه، وكذا لو أطعم خبز الشعير أو سوقاً أو تمرّاً لأن ذلك قد يؤكل وحده . ثم المعتبر هو الشبع التام لا مقدار الطعام حتى لو قدم أربعة أرغفة أو ثلاثة بين يدي ستة مساكين وشبعوا أجزاءه، وإن لم يبلغ ذلك صاعاً أو نصف صاع . ولو كان أحدهم شعبان قيل لا

وجب كمال القيمة، فإن غاب ولم يعلم موته ولا حياته فالقياس أن يضمن النقصان للشك في سبب الكمال كالصيد المملوك إذا جرحه وغاب، والاستحسان أن يلزمه جميع القيمة احتياطاً كمن أخذ صيداً من الحرم ثم أرسله ولا يدري أدخل الحرم أم لا فإنه تجب قيمته لأن جزء الصيد يسلك به مسلك العبادة من وجه. كذا في المحيط. وأطلق في ضمانه النقصان بسبب الجرح فشمل ما إذا برئ منه فإنه لا يسقط الجزاء ببرئه لأن الجزاء يجب بإتلاف جزء من الصيد، وبالاندمال لا يتبين أن الإتلاف لم يكن بخلاف ما إذا جرح آدمياً فاندملت جراحته فلم يبق لها أثر أنه لا ضمان عليه لأن الضمان هناك إنما يجب لأجل الشين وقد ارتفع. كذا في البدائع، وفي المحيط خلافه فإنه قال: وإن برئ منه ولم يبق له أثر لا يضمن لأن سبب الضمان قد زال فيزول الضمان كما في الصيد المملوك أ هـ. والظاهر الأول لما تقدم من الفرق بين جزء الصيد والصيد المملوك في مسألة ما إذا غاب بعد الجرح، وعلى هذا لو قلع سن ظبي أو نتف ريش صيد فنبت أو ضرب عين صيد فايضت ثم ذهب البياض فلا شيء عليه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف عليه صدقة الألم. وأشار بكون الجراحة جناية مستقلة إلى أنه لو جرح صيداً فكفر ثم قتله كفر أخرى لأنهما جنايتان، وإلى أنه لو لم يكفر حتى قتله لزمه كفارة بالقتل ونقصان بالجراحة كما في المحيط. وفي الولوالجية: لو جرح صيداً ثم كفر عنه ثم مات أجزأته الكفارة التي أداها لأنه أدى بعد وجود سبب الوجوب. وفي المحيط معزياً إلى الجامع: محرم بعمرة جرح صيداً جرحاً لا يستهلكه ثم أضاف إليها حجة ثم جرحه أيضاً فمات من الكل فعليه للعمرة قيمته صحيحاً وقيمته للحج وبه الجرح الأول، ولو حل من العمرة ثم أحرم بالحجة ثم جرحه الثانية فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح

يجوز، وإليه مال شمس الأئمة الحلواني كذا في اللباب وشرحه قوله: (والظاهر الأول) قال في الشرنبلالية: يعني الظاهر بالنسبة لما حصل عنده لا أنه ظاهر الرواية ولذا قال في النهر: إن كلام البدائع هو المناسب للإطلاق قوله: (لزمه كفارة بالقتل ونقصان بالجراحة) قال في شرح اللباب بعد نقله ذلك عن منسك الطرابلسي، وفي الفتح: ولو جرح صيداً ولم يكفر حتى قتله وجب كفارة واحدة وما نقصته الجراحة الأولى ساقط. وكذا قال في البدائع. وليس عليه للجراحة شيء لأنه لما قتله قبل أن يكفر عن الجراحة صار كأنه قتله دفعة واحدة. وذكر الحاكم في مختصره إلا ما نقصته الجراحة الأولى أي يلزمه ضمان صيد مجروح لأن ذلك الزمان قد وجب عليه مرة فلا يجب عليه مرة أخرى أ هـ. وحاصله تداخل الجنائتين ومآله إلى جناية واحدة كما حققه ابن الهمام تبعاً لما في البدائع فهو المعول فتدبر وتأمل أ هـ. وكذا مشى عليه في متن اللباب لكن ما ذكره الحاكم يفيد التوفيق بأن من أوجب نقصان الجراحة أوجب قيمته في القتل مجروحاً، ومن لم يوجبها أوجب قيمته في القتل سالماً والمآل فيهما واحد فتأمل قوله: (ثم كفر عنه) أي كفارة الموت كما في النهر قوله: (وانتقصت قيمته أو ازدادت) أي قيمة جنسه لا خصوص هذا المضروب إذ لا يمكن زيادة قيمته بعد الضرب

وخروج فرخ ميت به ولا شيء بقتل غراب وحدأة وذئب وحية وعقرب وفأرة وكلب

الثاني وللحج قيمته وبه الجرح الأول، ولو كان حين أحل من العمرة قرن بحجة وعمرة ثم جرح الصيد فمات ضمن للعمرة القيمة وبه الجرح الثاني، وضمن للقران قيمتين وبه الجرح الأول، ولو كان الجرح الأول استهلاكاً غرم للإحرام الأول قيمته صحيحاً وللقران قيمتين وبه الجرح الأول ١ هـ. وفي مناسك الكرماني: ولو ضرب صيداً فرض وانتقصت قيمته أو ازدادت ثم مات كان عليه أكثر القيمتين من قيمته وقت الجرح أو وقت الموت.

قوله: (ونجس القيمة بنتف ريشه وقطع قوائمه وحلبه وكسر بيضه وخروج فرخ ميت به) أما نتف ريشه وقطع قوائمه فلائنه فوّت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فصار كأنه قتله فلزمه قيمة كاملة، وأما حلبه فلأن اللبن من أجزائه فيكون معتبراً بكله فيجب عليه ضمان ما أتلف وهو قيمة اللبن، وأما كسر بيضه فلائنه أصل الصيد وله عرضية أن يصير صيداً فنزل منزلة الصيد احتياطاً وهو مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما فوجب عليه قيمة البيض، وأما إذا خرج فرخ ميت بسبب الكسر فالقياس أن لا يغرم سوى قيمة البيضة لأن حياة الفرخ غير معلوم. وجه الاستحسان أن البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل أوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطاً فتجب قيمته حياً كما صرح به. والريش جمع الريشة وهو الجناح، والقوائم الأرجل، وأطلق في كسر بيضه. وقيدته في الهداية بأن لا يكون فاسداً لأنه لو كسر بيضة مذرة لا شيء عليه لأن ضمانها ليس لذاتها بل لعرضية الصيد وهو مفقود في الفاسدة، وبهذا انتفى قول الكرماني: إذا كسر بيضة نعامة مذرة وجب الجزاء لأن لقشرها قيمة، وإن كانت غيرها نعامة لا يجب شيء، وذلك لأن المحرم بالإحرام ليس منهياً عن التعرض للقشر بل للصيد فقط وليس للمذرة عرضية الصيدية. كذا في فتح القدير. وفي البدائع: ولو شوى بيضاً أو جراداً فضمنه لا يحرم أكله، ولو أكله أو غيره حلالاً كان أو

تأمل. أو المراد زادت قيمة شعره أو بدنه كما يأتي عن المحيط عند قوله «ويذبح الحلال صيد الحرم». قوله: (وهو قيمة اللبن) هذا على ما في البحر الزاخر. وفي البدائع: عليه ما نقصه الحلب كما لو أتلف جزءاً من أجزائه. وقد جمع الطرابلسي بين الروایتين حيث قال: وإذا حلب صيداً فعليه ما نقصه وقيمة اللبن ١ هـ. ولعله محمول على ما إذا شربه بنفسه بخلاف ما إذا أطعمه الفقراء. كذا في شرح اللباب قوله: (وأما إذا خرج فرخ ميت الخ) قال في العناية: هذه المسألة لا تخلو من أن علم أنه كان حياً ومات بالكسر أو علم أنه كان ميتاً أو لم يعلم أن موته بسبب الكسر أو لا؛ فإن كان الأول ضمن قيمته، وإن كان الثاني فلا شيء عليه، وإن كان الثالث فالقياس أن لا يغرم سوى قيمة البيضة الخ.

قوله: (وفي البدائع ولو شوى بيضاً أو جراداً الخ) قال في الشرنبلالية: ينبغي أن يكون كذلك اللبن المحلوب من الصيد ١ هـ. ثم رأيت مصرحاً به في اللباب فقال: ولو شوى محرم بيضاً أو جراداً أو حلب صيداً أو أدى جزاءه ثم أكله فلا شيء عليه للأكل، ويجوز له مع الكراهة ويجوز لغيره من

حراماً لا يلزمه شيء. وعلل له في المحيط بأنه لا يقتدر إلى الذكاة فلا يصير ميتة، ولهذا يباح أكل البيض قبل الشيء. وأفاد بمسألة خروج الفرخ أنه لو ضرب بطن طيبة فألقت جيناً ميتاً فإنه يضمن قيمته حياً، فإن ماتت الأم ضمن قيمتها أيضاً بخلاف جنين المرأة إذا خرج ميتاً لا يلزم الضارب شيئاً لأنه في حكم النفس في جزاء الصيد احتياطاً وفي حقوق العباد في حكم الجزء لأن غرامات الأموال لا تبتنى على الاحتياط. كذا في النهاية. وقيد بقوله «به» لأنه لو علم موته بغير الكسر فلا ضمان عليه للفرخ لانعدام الإمانة، ولا للبيض لعدم العرضية، وإذا ضمن الفرخ لا يجب في البيض شيء لأن ما ضمانه لأجله قد ضمنه. وأشار بخروج الفرخ إلى أنه لو نفر صيداً عن بيضة ففسد أنه يضمن إحالة للفساد عليه لأنه السبب الظاهر كما لو أخذ بيضة الصيد فدفنها تحت دجاجة ففسدت، ولو لم تفسد وخرج منها فرخ وطار فلا شيء عليه.

قوله: (ولا شيء بقتل غراب وحدأة وذئب وحية وعقرب وفأرة وكلب عقور وبعوض ونمل وبرغوث وقراد وسلحفاة) أما الفواسق وهي السبعة المذكورة هنا فلما في صحيح البخاري «خمس من الدواب لا حرج على من قتلهن: الغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور»^(١) وزاد في سنن أبي داود «الحية والسبع العادي» وفي رواية الطحاوي «الذئب» فلذا ذكر المصنف سبعة، ومعنى الفسق فيهن خبثهن وكثرة الضرر فيهن، وهو حديث مشهور فلذا خص به الكتاب القطعي. كذا في النهاية. وأطلق المصنف في نفي شيء بقتلها فأفاد أنه لا فرق بين أن يكون محرماً أو حلالاً في الحرم. وأطلق في الغراب فشمل

غير كراهة قوله: (بخلاف جنين المرأة) أي حرة أو أمة إذا خرج ميتاً أي وماتت الأم بعده ولهذا عبر في المعراج بقوله: ثم ماتت الأم. وقوله «لا يلزم الضارب شيئاً» صوابه «شيء» ومعناه لا يلزمه الدية كما يلزمه دية الأم أو قيمتها لو أمة وإلا فالغرة لازمة. واحترز بقوله «إذا خرج ميتاً» عما إذا خرج حياً فمات فإن فيه الدية كاملة، وأما إن ماتت فألقت ميتاً فدية الأم فقط قوله: (فلذا ذكر المصنف سبعة) وإنما لم يذكر السبع مع أنه مذكور في رواية أبي داود لأنه صيد عندنا فيجب فيه الجزاء، أو لأنه قيده بالعادي وسيذكره بقوله «وإن صال لا شيء بقتله» بقي الكلام في عدم عده منها وجعله من الصيد على ما هو ظاهر الرواية، وللمحقق في الفتح كلام أطال البحث فيه وقال في آخره: ولعل لعدم قوة وجهه كان في السباع روايتان قوله: (ففيه نظر) رده في النهر بما في البدائع. وقال أبو يوسف: الغراب المذكور في الحديث الذي يأكل الجيف أو يخلط لأن هذا النوع هو الذي يبتدئ

(١) رواه البخاري في كتاب بدء الخلق باب ١٦. مسلم في كتاب الحج حديث ٧٢، ٧٣، ٧٧. أبو داود في كتاب المناسك باب ٣٩. النسائي في كتاب المناسك باب ٨٦، ٨٨. أحمد في مسنده (٨/٢)،

الغراب بأنواعه الثلاثة، وما في الهداية من قوله «والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف أو يخلط لأنه يبتدئ بالأذى، أما العقق غير مستثنى لأنه لا يسمى غراباً ولا يبتدئ بالأذى» فيه نظر لأنه دائماً يقع على دبر الدابة كما في غاية البيان. وسوى المصنف بين الذئب والكلب العقور وهو رواية الكرخي واختارها في الهداية لأن الذئب يبتدئ بالأذى غالباً والغالب كالمحقق، ولأنه ذكر في بعض الروايات، وفرق بينهما الإمام الطحاوي فلم يجعل الذئب من الفواسق. وأطلق في الفأرة فشمملت الأهلية والوحشية. وقيد الكلب بالعقور اتباعاً للحديث مع أن العقور وغيره سواء، أهلياً كان أو وحشياً، لأن غير العقور ليس بصيد فلا يجب الجزاء به كما صرح به قاضيخان في فتاواه، واختاره في الهداية. وفي السنور البري روايتان. ثم اعلم أن الكلام إنما هو في وجوب الجزاء بقتله. وأما حل القتل فما لا يؤدي لا يحل قتله فالكلب الأهلي إذا لم يكن مؤذياً لا يحل قتله لأن الأمر بقتل الكلاب نسخ فقيد القتل بوجوب الإيذاء، وأما البعوض وما كان مثله من هوام الأرض فلأنها ليست بصيود أصلاً وإن كان بعضها يبتدئ بالأذى كالبرغوث، ودخل الزنبور والسرطان والذباب والبق والقناذل والخنافس والوزغ والحلمة وصياح الليل وابن عرس، وينبغي أن يكون العقرب والفأرة من هذا القسم لأن حد الصيد لا يوجد فيهما. والبعوض من صغار البق الواحدة بعوضة بالهاء واشتقاقها من البعض لأنها كبعض البقرة قال الله تعالى ﴿مثلاً ما بعوضة﴾ [البقرة: ٢٦] كذا في ضياء العلوم. وفيه: الحداة بكسر الحاء طائره معروف والجمع الحداء، وأما الحداة بفتح الحاء فأس ينقر بها الحجارة لها رأسان. والذئب بالهمزة معروف وجمعه أذوب وأذواب وذئاب وذؤبان، قيل اشتقاقه من تذاءبت الريح إذا جاءت من كل وجه وهو من أسماء الرجال أيضاً، ويصغر ذويب. والسلمحفاة بضم الحاء وفتح الفاء واحدة السلاحف من خلق الماء، ويقال أيضاً

بالأذى ١ هـ. وأشار في المعراج إلى دفع ما في غاية البيان بأنه لا يفعل ذلك غالباً. وبه اندفع دعوى الديمومة فيه. ولما كان المطرد هو ابتداءه بالأذى اقتصر الإمام الثاني في التعليل عليه. ثم رأيته في الظهيرية قال: وفي العقق روايتان والظاهر أنه من الصيود ١ هـ. قلت: وبه ظهر أن ما في الهداية هو ظاهر الرواية قوله: (لأن غير العقور) المناسب ولأن بالواو عطفاً على قوله «اتباعاً» قوله: (لأن الأمر بقتل الكلاب نسخ) كذا قاله في الفتح. قال في النهر: لكن رأيت في الملتقط ما لفظه: وإذا كثرت الكلاب في قرية وأضر بأهل القرية أمر أربابها بقتلها وإن أبوا رفع الأمر إلى القاضي حتى يأمر بذلك ١ هـ. فيجعل ما في الفتح على ما إذا لم يكن ثمة ضرر.

قوله: (والسلمحفاة بضم الحاء وفتح الفاء) كذا في بعض النسخ وكأنها من تحريف النسخ، والأصل وفتح اللام، وفي بعضها بضم الفاء وفتح العين أي فاء الكلمة وهي السين وعينها وهي اللام قوله: (فعليه الجزاء لو وضع ثيابه في الشمس ليقتل الخ) قال في الشرنبلالية: وفي شرح

عقور وبعوض ونمل وبرغوث وقراد وسلحفاة ويقتل قملة وجرادة تصدق بما شاء ولا

سلحفية بالياء، والفأرة بالهمزة واحدة الفأر وجمعه فيران.

قوله: (ويقتل قملة وجرادة تصدق بما شاء) أما وجوب الصدقة بقتل القملة فلأنها متولدة من الثفت الذي على البدن والمحرم ممنوع من إزالته بمنزلة إزالة الشعر حتى لو قتل ما على الأرض من القمل فإنه لا شيء عليه، أو قتلها من بدن غيره فكذلك كما في الظهيرية وغيرها. وفي المحيط: ويكره قتل القملة وما تصدق به فهو خير منها. أطلق في قتل القملة فشمّل ما إذا كان مباشرة أو تسبياً لكن يشترط في الثاني القصد كما قدمناه فعليه الجزاء لو وضع ثيابه في الشمس ليقتل حر الشمس القمل كالصيد ولا شيء عليه لو لم يقصد ذلك كما لو غسل ثوبه فمات القمل. كذا في غاية البيان. وقد علم من كلامه أن القمل كالصيد فأفاد أن الدلالة موجبة فيها، فلو أشار المحرم إلى قملة على بدنه فقتلها الحلال وجب الجزاء. وعلم من التعليل أن إلقاء القملة كالقتل لأن الموجب إزالتها عن البدن لا خصوص القتل كما صرح به الأسبجاني وغيره. وأراد بالقملة القليل منه لأن الكثير منه جزاء قتله صدقة معينة وهي نصف صاع لا التصدق بما شاء، وظاهر كلام الأسبجاني أن ما زاد على الثلاث كثير، وكلام قاضيه خان أن العشر فما فوقها كثير، واقتصر شراح الهداية على الأول فكان هو المذهب. وأما وجوبها بقتل الجرادة فلأن الجراد من صيد البر فإن الصيد ما لا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الآخذ. وقال عمر رضي الله عنه: ثمرة خير من جرادة فأوجبها على من قتل جرادة

النفاية للبرجندي مثله ثم نقل خلافه عن المنصورية وهو نفي الجزاء قوله: (فلو أشار النخ) وكذا لو قال الحلال ادفع عني هذا القمل أو أمره بقتلها فقتلها (الباب) قال شارحه: وكذا لو دفع ثوبه ليقتل ما فيه ففعل قوله: (وأراد بالقملة النخ) قال في اللباب: إن قتل محرم قملة تصدق بكسرة، وإن كانت ثنتين أو ثلاثاً فقبضة من طعام، وفي الزائد على الثلاث بالغاً ما بلغ نصف صاع أ هـ. قال شارحه: كذا في البدائع والفتح وهو الذي روى الحسن عن أبي حنيفة. وفي الجامع الصغير: في قملة أطمع شيئاً. وهذا يدل على شيء يسير. قال في الذخيرة: وهو الأصح أ هـ. ورواية الحسن سيذكرها المؤلف قريباً قوله: (وأما وجوبها بقتل الجرادة النخ) قال في اللباب: ولو وطئ جراداً عامداً أو جاهلاً فعليه الجزاء إلا أن يكون كثيراً قد سد الطريق فلا يضمن. ولو شوى جراداً فأكله بعد ما ضمنه لا شيء عليه للأكل ويكره بيعه قبل الضمان أ هـ. قال شارحه: وذكر قاضيه خان في شرح الجامع الصغير: محرم قطع شجرة من الحرم أو شوى بيض صيد في الحرم أو غيره أو حلب صيداً أو شوى جراداً فعليه الجزاء في جميع ذلك يعني القيمة، ويكره له بيع هذه الأشياء، فإن باع جاز ويملك ثمنه بخلاف الصيد الذي قتله المحرم لأنه ميتة فلا يجوز بيعها. وإذا ملك الثمن إن شاء جعله في القيمة التي يؤديها، وإن شاء جعله في غيرها، وللمشتري أن ينتفع بذلك من حيث التناول لأن البيض والجراد لا يحتاج فيه إلى الذكاة، والحلال والمحرم فيما لا يحتاج إلى الذكاة سواء، وإنما لا يباح للأول

يجاوز عن شاة بقتل السبع وإن صال لا شيء بقتله بخلاف المضطر وللمحرم ذبح شاة

كما رواه مالك في الموطأ وتبعه أصحاب المذاهب. أما ما في سنن أبي داود والترمذي عن أبي هريرة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في حجة أو غزوة فاستقبلنا رجل من جراد فجعلنا نضربه بأسياقنا وقسينا فقال ﷺ: كلوه فإنه من صيد البحر. فقد أجاب النووي رحمه الله في شرح المذهب بأن الحفاظ اتفقوا على تضعيفه لضعف أبي المهزم وهو بضم الميم وكسر الزاي وفتح الهاء بينهما، واسمه يزيد بن سفيان. وفي رواية لأبي داود عن أبي رافع عن أبي هريرة قال البيهقي وغيره: ميمون غير معروف أ هـ. فليس هنا حديث ثابت فثبت أنه من صيد البر بإيجاب عمر الجزاء فيه بحضرة الصحابة، وقد روى البيهقي بسند صحيح عن ابن عباس أنه قال في الجراد قبضة من طعام. ولم أر من تكلم على الفرق بين الجراد القليل والكثير كالقمل، وينبغي أن يكون كالقمل ففي الثلاث وما دونها يتصدق بما شاء، وفي الأربع فأكثر يتصدق بنصف صاع، وفي المحيط: مملوك أصاب جرادة في إحرامه إن صام يوماً فقد زاد وإن شاء جمعها حتى تصير عدة جرادات فيصوم يوماً أ هـ. وينبغي أن يكون القمل كذلك في حق العبد لما علم أن العبد لا يكفر إلا بالصوم. ثم أطلق المصنف رحمه الله في الصدقة لأنه لم يذكر في ظاهر الرواية مقدارها، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه يطعم في الواحدة كسرة وفي الاثنين أو الثلاثة قبضة من الطعام، وفي الأكثر نصف صاع. كذا ذكره الأسيجابي.

قوله: (ولا يجاوز عن شاة بقتل السبع وإن صال لا شيء بقتله بخلاف المضطر) لأن السبع صيد وليس هو من الفواسق لأنه لا يبتدئ بالأذى حتى لو ابتدأ بالأذى كان منها فلا يجب بقتله شيء وهو معنى قوله «صال» أي وثب بخلاف الذئب فإنه من الفواسق لأنه ينتهب

لأنه كان صيداً في حقه ولس بصيد في حق الثاني أ هـ. وتبين الفرق بين الآخذ والمشتري في إباحة تناول كما لا يخفى أ هـ قوله: (رجل من جراد) قال في القاموس: الرجل بالكسر الطائفة من الشيء أو القطعة العظيمة من الجراد.

قوله: (ولم أر من تكلم على الفرق النخ) استدرك عليه في النهر بما سيذكره عن المحيط أي فإنه صريح في الفرق بين قليل الجراد وكثيره، والظاهر أن فرض المسألة في المملوك ليس للاحتراز عن الحر. ثم رأيت في التتارخانية قال: وذكر هشام عن محمد رحمه الله في محرم أشار في جراد ولم يكونوا رأوها إلا من دلالة فأخذوها فعلى الدال بكل جرادة تمره إلا إن بلغ ذلك دماً فعليه دم أ هـ. وهذا صريح في الفرق أيضاً، والظاهر أن مراد المؤلف أنه لم ير الفرق بين قليلة الواجب فيه التصديق بما شاء وبين كثيره الواجب فيه نصف صاع هل هو ما فوق الثلاثة كما في القمل أو لا، ويدل على هذا قوله «فينبغي النخ» فلا استدراك وقد راجعته فلم أره قوله: (وأراد بالسبع كل حيوان لا يؤكل لحمه النخ) قال في النهر: فكان عدم التخصيص أولى إذ المفهوم معتبر في الروايات اتفاقاً ومنه أقوال

الغنم، وأراد بالسبع كل حيوان لا يؤكل لحمه مما ليس من الفواسق السبعة والحشرات، سواء كان سبعاً أولاً ولو خنزيراً أو قرداً أو فيلاً كما في المجمع. والسبع اسم لكل مختطف منتهب جراح قاتل عاد عادة فإذا وجب الجزاء بقتله لا يجاوز به شاة لأن كثرة قيمته إتماً لما فيه من معنى المحاربة وهو خارج عن معنى الصيدية، أو لما فيه من الإيذاء وهو لا تقوم له شرعاً فبقى اعتبار الجلد واللحم على تقدير كونه مأكولاً وذلك لا يزيد على قيمة الشاة غالباً لأن اللحم الشاة خير من لحم السبع. وقيد بالسبع لأن الجمل إذا صال على إنسان فقتله وجب عليه قيمته بالغة ما بلغت، والفرق بينهما أن الإذن في مسألة السبع بقتله حاصل من صاحب الحق وهو الشارع. وأما في مسألة الجمل فلم يحصل الإذن من صاحبه، وأورد عليه العبد إذا صال بالسيف على إنسان فقتله المصول عليه فإنه لا يضمنه مع أنه لا إذن له أيضاً من مالكه. وأجيب بأن العبد مضمون في الأصل حقاً لنفسه بالآدمية لا للمولى لأنه مكلف كسائر المكلفين، ألا ترى أنه لو ارتد أو قتل يقتل وإذا كان مضموناً لنفسه سقط هذا الضمان بمبيع جاء من قبله وهو المصال به ومالية المولى فيه، إن كانت متقومة مضمونة له نهي تبع لضمان النفس فيسقط التبع في ضمن سقوط الأصل. أطلق في عدم وجوب شيء إذا صال فشمّل ما إذا أمكنه دفعه بغير سلاح أو لا، وذكر في المحيط أنه إذا أمكنه دفعه بغير السلاح فقتله فعليه الجزاء، وقيد قاضيخان السبع بكونه غير مملوك لأنه لو كان مملوكاً وجبت قيمته بالغة بلغت يعني عليه قيمتان إذا كان محرماً قيمة للمالكه مطلقاً وقيمة لله تعالى لا تتجاوز قيمة شاة كما أسلفناه. ومعنى قوله «بخلاف المضطر» أن المحرم إذا اضطر إلى أكل الصيد للمخمة فذبحه وأكله فإنه يجب الجزاء عليه لأن الإذن مقيد بالكفارة بالنص في قوله تعالى ﴿فمن كان منكم

الصحابه كما في الحواشي السعدية. وينبغي تقييده بما يدرك بالرأي لا ما لا يدرك به قوله: (عاد) اسم فاعل من العدوان على وزن قاض. والذي في النسخ عادي بإثبات الياء والأصوب حذفها قوله: (وأورد عليه العبد إذا صال الخ) قال الرملي: يحترز به عن الحر العاقل البالغ فإنه لا يضمنه. وقولنا العاقل نحترز به عن المجنون فإن المجنون الحر إذا صال فقتله المصول عليه تجب دية، وإذا كان عبداً تجب قيمته كالبعير. وقولنا البالغ نحترز به عن الصبي فإذا كان الصائل صبيّاً حرّاً تجب دية وإن كان عبداً تجب قيمته، ولا يسقط الضمان لانتفاء التكليف عنه كالمجنون قال في البزاية: المجنون أو البعير المغتلم صال على إنسان ليقتله فقتله المصول عليه يضمن قيمة البعير ودية المجنون ١ هـ. قوله: وفي الكنز وغيره: وإن شمر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً تجب الدية في ماله وعلى هذا الصبي والدابة ١ هـ. قوله: (يعني عليه قيمتان) أقول: هذا إذا كان غير صائل، أما الصائل فقد علمت أنه ليس عليه جزاء لله تعالى تأمل.

قوله: (ولا يعرف منه مستأنس عندهم) أي فإذا أحرم أحدهم فما دام في بلاده فهو صيد في حقه، فإذا خرج إلى بلاد يستأنس فيها حل له تأمل قوله: (أي فهو ميتة) ذكر في النهر أنه ليس ميتة

وبقرة وبغير ودجاجة وبط أهلي وعليه الجزاء بذبح حمام مسرول وظبي مستأنس ولو

مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية ﴿[البقرة: ١٩٦] الآية. فدل على أن الضرورة لا تسقط الكفارة، وأراد بالشاة هنا أدنى ما يجزئ في الهدية والأضحية وهو الجذع من الضأن قوله: (وللمحرم ذبح شاة وبقرة وبغير ودجاجة وبط أهلي) لأنها ليست بصيود وعليه إجماع الأمة. وقيد البط بالأهلي وهو الذي يكون في المساكن والحياض لأنه ألوف بأصل الخلقة احترازاً عن الذي يطير فإنه صيد فيجب الجزاء بقتله. قال الشارح: فينبغي أن تكون الجواميس على هذا التفصيل فإنه في بلاد السودان وحشي ولا يعرف منه مستأنس عندهم اهـ. وفي المجمع: ولو نزى ظبي على شاة يلحق ولدها بها يعني فلا يجب بقتل الولد جزاء لأن الأم هي الأصل قوله: (وعليه الجزاء بذبح حمام مسرول وظبي مستأنس) لما قدمناه أن العبرة للتوحش بأصل الخلقة ولا عبدة للعارض والحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه وإن كان بطيء النهوض والاستئناس عارض، واشترط ذكاة الاختيار لا يدل على أنه ليس بصيد لأن ذلك كان للعجز وقد زال بالقدره عليه، وفي المغرب: حمام مسرول في رجله ريش كأنه سروايل. وإنما قيد به مع أن الحكم في الحمام مطلقاً كذلك لما أن فيه خلاف مالك وليفهم غيره بالأولى.

قوله: (ولو ذبح محرم صيداً حرم) أي فهو ميتة لأن الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي فأفاد أنه يحرم على المحرم والحلال. وأشار إلى أن الحلال لو ذبح صيد الحرم فإنه يكون ميتة أيضاً كما في غاية البيان. وأطلقه فشمل ما إذا كان المحرم الذابح مضطراً أو لا، واختلفت العبارات فيما إذا اضطر المحرم هل يذبح الصيد فيأكله أو يأكل الميتة ففي المبسوط: إنه يتناول من الصيد ويؤدي الجزاء ولا يأكل الميتة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن حرمة الميتة أغلظ لأن حرمة الصيد ترتفع بالخروج من الإحرام أو الحرم فهي مؤقته به بخلاف حرمة الميتة فعليه أن يقصد أخف الحرمتين دون أغلظهما،

حقيقة بل حكماً مستدلاً بما يأتي من تقدير الصيد على أكل الميتة، وجعل لذلك كلام المصنف أولى من قول القدوري فهو ميتة لا يحل أكل قوله: (وأطلقه فشمل ما إذا كان المحرم الذابح مضطراً أو لا) وكذا شمل ما لو كان مكرهاً أو مكرهاً. قال في الباب: إذا أكره محرم محرماً على قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل، وإن أكره حلال محرماً فالجزاء على المحرم ولا شيء على الحلال ولو في صيد الحرم، وإن أكره محرم حلالاً على صيد إن كان في صيد الحرم فعلى المحرم جزاء كامل وعلى الحلال نصفه، وإن كان في صيد الحل فالجزاء على المحرم، وإن كانا حلالين في صيد الحرم إن توعده بقتل كان الجزاء على الأمر، وإن توعده بجبس كانت الكفارة على المأمور القاتل خاصة اهـ. وبيانه في شرحه قوله: (والذي يظهر ترجيح ما في الفتاوى) أي ترجيح ما ذكره عن الفتاوى الخانية على ما قدمه عن المبسوط من أن الصيد أولى من الميتة قوله: (ويجيزه له مكفراً) يعني قال أبو يوسف:

والصيد وإن كان محظور الإحرام لكن عند الضرورة يرتفع الحظر فيقتله ويأكل منه ويؤدي الجزء ١ هـ. والمراد بالقتل الذبح. وفي فتاوى قاضيخان: المحرم إذا اضطر إلى ميتة وصيد فالميتة أولى من قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف والحسن: يذبح الصيد، ولو كان الصيد مذبوحاً فالصيد أولى عند الكل. ولو وجد لحم صيد آدمي كان ذبح الصيد أولى، ولو وجد صيداً وكلباً فالكلب أولى لأن في الصيد ارتكاب المحظورين، وعن محمد الصيد أولى من لحم الخنزير ١ هـ. والذي يظهر ترجيح ما في الفتاوى لما أن في أكل الصيد ارتكاب حرمتين الأكل والقتل وفي أكل الميتة ارتكاب حرمة واحدة وهي الأكل، وكون الحرمة ترتفع لا يوجب التخفيف ولهذا قال في المجمع: والميتة أولى من الصيد للمضطر ويجزئه له مكفراً. وذكر في المحيط أن رواية تقديم الميتة رواية المنتفي، وذكر الشارح أنه لو وجد صيداً حياً ومال مسلم يأكل الصيد لا مال المسلم لأن الصيد حرام حقاً لله تعالى والمال حرام حقاً للعبد فكان الترجيح لحق العبد لا فتقاره. وفي فتاوى قاضيخان: وعن بعض أصحابنا من وجد طعام الغير لا يباح له الميتة، وهكذا عن ابن سماعه وبشر أن الغصب أولى من الميتة وبه أخذ الطحاوي. وقال الكرخي: هو بالخيار ١ هـ قوله: (وغرم بأكله لا محرم آخر) للفرق بينهما وهي أن حرمة على الذابح من جهتين: كونه ميتة وتناوله محظوراً لإحرامه لأن إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن الحلية والذابح عن الأهلية في حق الذكاة فأضيفت حرمة التناول إلى إحرامه فوجبت عليه قيمة ما أكله، وأما المحرم الآخر فإنما هي حرام عليه من جهة واحدة وهو كونه ميتة فلم يتناول محظور إحرامه، ولا شيء عليه بأكل الميتة سوى التوبة والاستغفار، وبهذا اندفع قولهما بعدم الفرق قياساً على أكل الميتة. أطلقه فشمّل ما إذا أكل منه قبل أداء الجزء أو بعده لكن إن كان قبله دخل ضمان ما أكل في ضمان الصيد فلا يجب له شيء بانفراده. وقيد بأكل المحرم لأن الحلال لو ذبح صيداً في الحرم فأدى جزاءه ثم أكل منه لا

يجوز للمحرم المضطر أن يصيد ويأكل ويكفر وهذا أهون لأن الكفارة تجبره ولا جابر لأكل الميتة. كذا في شرح ابن الملك.

قوله: (فأدى جزاءه ثم أكل منه) التقييد بأداء الجزء كما وقع في الفتح اتفاقي نبه عليه في النهر، ومقتضى هذا أنه ليس بميتة وهو خلاف ما مر عن غاية البيان. وفي شرح اللباب: اعلم أنه صرح غير واحد كصاحب الإيضاح والبحر الزاخر والبدائع، وغيرهم بأن ذبح الحلال صيد المحرم يجعله ميتة لا يحل أكله وإن أدى جزاءه من غير تعرض لخلاف، وذكر قاضيخان أنه يكره أكله تنزيهاً. وفي اختلاف المسائل اختلفوا فيما إذا ذبح الحلال صيداً في الحرم فقال مالك والشافعي وأحمد: لا يحل أكله. واختلف أصحاب أبي حنيفة فقال الكرخي هو ميتة، وقال غيره هو مباح ١ هـ. وعبارة متن اللباب: إذا ذبح محرم أو حلال في الحرم صيداً فذبيحته ميتة عندنا لا يحل أكلها له ولا لغيره من

ذبح المحرم صيداً حرم وغرم بأكله لا محرم آخر وحل له لحم ما صاده حلال وذبحه إن لم يدل عليه ولم يأمره بصيده وبذبح الحلال صيد الحرم قيمة يتصدق بها لا صوم ومن

شيء عليه اتفاقاً لأن وجوب الجزاء لفوات إلا من الثابت بالحرم للصيد لا للحمة. وقيد بأكله أي أكل لحمه لأن مأكول الحرم لو كان بيض، صيد بعد ما كسره وأدى جزاءه لا شيء عليه اتفاقاً كما قدمناه عن المحيط لأن وجوب الجزاء فيه باعتبار أنه أصل الصيد وبعد الكسر انعدم هذا المعنى. وفي فتح القدير: ويكره بيعه فإن باعه جاز ويجعل ثمنه في الفداء إن شاء، وكذا شجر الحرم واللبن ا هـ. وأشار إلى أن مأكوله لو كان لحم جزاء الصيد فإنه يضمن قيمة ما أكل بالأولى وهو متفق عليه. وقد قدمناه. وأراد بالأكل الانتفاع بلحمه فشمل ما إذا أطعمه لكلايه فإنه يضمن قيمته. وفي المحيط: محرم وهب لمحرّم صيداً فأكله قال أبو حنيفة: على الآكل ثلاثة أجزية: قيمة للذبح وقيمة للأكل المحظور وقيمة للواهب لأن الهبة كانت فاسدة وعلى الواهب قيمته. وقال محمد: على الآكل قيمتان قيمة للواهب وقيمة للذبح ولا شيء للأكل عنده ا هـ. وهو صريح في لزوم قيمتين على المحرم بقتل الصيد المملوك كما ذكرناه أول الفصل.

قوله: (وحل له لحم ما صاده حلال وذبحه إن لم يدل عليه وإن لم يأمره بصيده) لحديث أبي قتادة الثابت في الصحيحين حين اصطاد وهو حلال حماراً وحشياً وأتى به لمن كان محرماً من الصحابة فإنهم لما سألوه عليه السلام لم يجب بحله لهم حتى سأله عن موانع الحل أكانت موجودة أم لا فقال عليه السلام: هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؟ قالوا: لا. فقال: كلوا إذا، فدل على حله للمحرّم ولو صاده الحلال لأجله لأنه لو كان من الموانع أن يصاد لهم لنظمه في سلك ما يسأل عنه منها. قيد بعدم الدلالة والأمر لأنه لو وجد أحدهما من المحرم للحلال فإنه يحرم على المحرم أكله على ما هو المختار وفيه روايتان، وذكر الطحاوي تحريمه. وقال الجرجاني: لا يحرم. وغلطه القدوري واعتمد رواية الطحاوي، وظاهر ما في غاية البيان أن الروايتين في حرمة الصيد على الحلال بدلالة المحرم مع أن ظاهر الكتب أن الدلالة من المحرم محرمة عليه للصيد لا على الصائد الحلال. ثم اعلم أن عطفهم

محرم أو حلال، سواء اصطاده هو أي ذابحه أو غيره، محرم أو حلال ولو في الحل، فلو أكل المحرم الذابح منه شيئاً قبل أداء الضمان أو بعده فعليه قيمة ما أكل، ولو أكل منه غير الذابح فلا شيء عليه، ولو أكل الحلال مما ذبحه في الحرم بعد الضمان لا شيء عليه للأكل، ولو اصطاد حلال فذبح له محرم أو اصطاد محرم فذبح له حلال فهو ميتة ا هـ. قوله: (وقد قدمناه) أي تحت قول المتن وهو قيمة الصيد في مقتله قوله: (لأن الهبة كانت فاسدة) رأيت بخط بعض الفضلاء هذا مبني على أن الهبة الفاسدة لا تفيد الملك، وأما على مقابله فلا شيء عليه كما نقله العلاني فراجع ا هـ. قلت: وفيه أن الهبة هنا باطلة لا يملكها الموهوب له لأن العين خرجت عن المحلية لسائر التصرفات كما

الأمر على الدلالة هنا يفيد أنه غيرها وهو مؤيد لما قدمناه أول الفصل فراجعه قوله: (وبذبح الحلال صيد الحرم قيمة يتصدق بها لا صوم) أي وتجب قيمة بذبح صيد الحرم ويلزمه التصديق بها ولا يجوزته الصوم لأن الصيد استحق الأمن بسبب الحرم للحديث الصحيح «ولا ينفر صيدها» فأفاد حرمة التنفير فالتنفير أولى. وانعقد الإجماع على وجوب الجزاء بقتله فيتصدق بقيمته على الفقراء ولا يجوزته الصوم لأن الضمان فيه باعتبار المحل وهو الصيد فصار كغرامة الأموال بخلاف المحرم فإن الضمان ثمة جزاء الفعل لأجزاء المحل والصوم يصلح له لأنه كفارة له ولصريح النص «أو عدل ذلك صياماً» وإنما اقتصر المصنف على نفي الصوم ليفيد أن الهدى جائز وهو ظاهر الرواية لأنه فعل مثل ما جنى لأن جنايته كانت بالإراقة وقد أتى بمثل ما فعل، وفي رواية الحسن لا تجزئه الإراقة، وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا كانت قيمة المذبوح قبل الذبح أقل من قيمة الصيد؛ فعلى ظاهر الرواية تكفيه الإراقة، وعلى رواية الحسن يتصدق بتمام القيمة، وفيما إذا سرق المذبوح فعلى الظاهر لا يجب أن يقيم غيره مقامه. وعلى رواية الحسن تجب الإقامة. وإنما قيد بالحلال ليفيد أن حكم الحرم في صيد الحرم كحكم الحلال بالأولى، والقياس أن يلزمه جزاء ان لوجود الجنائية في الإحرام والحرم، وفي الاستحسان يلزمه جزاء واحد لأن حرمة الإحرام أقوى لتحريمه القتل في الحل والحرم فاعتبر الأقوى وأضيفت الحرمة إليه عند تعذر الجمع بينهما ولهذا وجب الجزاء به لا لنفسه. وأما شجر الحرم وحشيشه فهما فيه سواء لأنه ليس من محظورات الإحرام، والظاهر أنه قيد احترازي

يأتي عند قوله «وبطل بيع المحرم صيد أو شراؤه» تأمل.

قوله: (كحكم الحلال) أي في وجوب القيمة، وإن كان بينهما فرق من جهة أن المحرم يجوز له الصوم كما يصرح به قريباً قوله: (والظاهر أن قيد احترازي) أي التقييد بالحلال للاحتراز عن المحرم، فإن المحرم مخير كما مر متناً في أول هذا الفصل بخلاف الحلال فإنه لا يجوزته الصوم كما علمت. وفي عزوه المسألة إلى الهداية إيهام أنها لم تذكر هنا. وفي الباب: وأما الصوم في صيد الحرم فلا يجوز للحلال ويجوز للمحرم هـ. نعم عبارة المصنف أول الفصل مطلقة يمكن تقييدها بصيد المحرم في غير الحرم فلذا لم يعز إليها. وفي شرح الباب قال في شرح القدوري: إن الإطعام يجوز في صيد الحرم ولا يجوز الصوم عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر يجوز، وفي المختلف لا يجوز الصوم بالإجماع. قال صاحب المجمع: فيجوز أن يكون في الصوم عن زفر روايتان فنقل كل واحد رواية، ثم هذا في الحلال، أما المحرم فظاهر كلامهم أنه يجوز له الصوم والهدى بلا خلاف لأنه لما اجتمع حرمة الإحرام والحرم وتعذر الجمع بينهما وجب اعتبار أقواهما وهو الإحرام فأضيف إليه ورتب عليه أحكامه ضرورة، وبه صرح في شرح القدوري فقال: أما المحرم إذا قتل في الحرم فإنه تتأدى كفارته بالصوم هـ وتماه فيه قوله: (وليس مقصودة تقييد الضمان بالذبح الخ) نظر فيه في النهر بأن بتقديره

لأن المحرم تلزمه قيمة يخير فيها بين الهدى والإطعام والصوم كما صرح به في النهاية في صيد المحرم في الحرم. وقيد بذبح الحلال لأنه لو دل إنساناً على صيد الحرم فإنه لا يلزمه شيء ولو كان المدلول محرماً، والفرق بين دلالة المحرم ودلالة الحلال أن المحرم التزم ترك التعرض بالإحرام فلما دل ترك ما التزمه فضمن كالمودع إذا دل السارق على الوديعة ولا التزام من الحلال فلا ضمان بها كالأجنبي إذا دل السارق على مال إنسان. والتحقيق أن الضمان على المحرم جزاء الفعل والدلالة فعل وعلى الحلال في صيد الحرم جزاء المحل، وفي الدلالة لم يتصل بالمحل شيء وليس مقصوده تقييد الضمان بالذبح فقط لأنه سيصرح آخر الفصل أن من أخرج ظبية الحرم فإنه يضمنها.

وقال في المحيط: ومن أخرج صيداً من الحرم يردّه إلى مأمّنه فإن أرسله في الحل ضمنه لأنه أزال أمنه بالإخراج فما لم يعدّه إلى مأمّنه بإرساله في الحرم لا يبرأ عن الضمان اهـ. فعلم أن المراد بالذبح إتلافه حقيقة أو حكماً، ولا فرق في الإتلاف بين المباشرة والتسبب بشرط أن يكون التسبب عدواناً كما قدمناه في صيد المحرم ولهذا قال في المحيط هنا: ولو أدخل المحرم بازياً فأرسله فقتل حمام الحرم لم يضمن لأنه أقام واجباً وما قصد الاصطياد فلم يكن متعدياً في السبب بل كان مأموراً به فلا يضمن انتهى. فعلم بهذا أن صيد الحرم يضمن بالمباشرة وبالتسبب ووضع اليد حتى لو وضع يده على صيد الحرم فتلف بأفة سماوية فإنه يكون ضامناً كما سيأتي صريحاً في الكتاب. والصيد يضمن على المحرم بهذه الثلاثة أيضاً ويزاد عليها رابع وهو الإعانة على قتله حتى لو أحرم وفي يده حقيقة صيد فلم يرسله حتى هلك بأفة سماوية لزمه جزاؤه كما صرح به في فتح القدير، ولم أر من صرح بحكم جزاء صيد الحرم كبيضه ولبنه ولعله لفهمه من صيد الحرم فإنه لا شك أن الجزء معتبر بالكل. فإذا كسر بيض صيد الحرم أو جرحه ضمن. ثم رأيت التصريح في المحيط بأن جراحته مضمونة فقال: حلال جرح صيداً في الحرم فزادت قيمته من شعر أو بدن ثم مات من الجراحة فعليه ما نقصته الجراحة وقيّمته يوم مات وتغام تفاريعه فيه. وأطلق المصنف في صيد الحرم فشمّل ما إذا كان الصيد في الحرم والصائد في الحل أو عكسه وقد صرحوا به. قال في المحيط: ثم الصيد إنما يصير آمناً بثلاثة أشياء: بإحرام الصائد وبدخول الصيد الحرم وبدخول الصائد في الحرم، وفي الأخير خلاف زفر ونحن نقول: إن الداخل للحرم يحرم عليه الاصطياد مطلقاً كما يحرم بالإحرام. والعبرة لقوائم الصيد لا لرأسه حتى لو كان بعض قوائمه في الحل

يستغني عما سيذكره بعد اهـ. فالمراد التقييد بقريته ما يصرح به بعد وإلا تكرر.

قوله: (ولم أر من صرح بحكم جزاء صيد الحرم الخ) أي بالنسبة للحلال. قال في حواشي

ورأسه في الحرم فلا شيء عليه في قتله ولا يشترط أن تكون جميع قوائمه في الحرم حتى لو كان بعض قوائمه في الحرم وبعضها في الحل وجب الجزاء بقتله لتغليب الخطر على الإباحة، ولهذا لو كان الصيد ملقى على الأرض في الحل ورأسه في الحرم وجب الجزاء بقتله لأنه ليس بقائم في الحل وبعضه في الحرم. وبما ذكرنا علم أنه لو رمى إلى صيد من الحل في الحل غير أن ممر السهم في الحرم فإنه لا شيء عليه، وكذلك حكم الكلب والبازي إذا أرسلهما كما صرح به الأسبيجاني. وهل المعتبر حالة الرامي أو الإصابة؟ ففي فتاوى قاضيخان: لو رمى صيداً في الحل فنفر الصيد ووقع السهم في الحرم قال محمد عليه الجزاء في قول أبي حنيفة فيما أعلم ١ هـ. وذكر في المبسوط مثله في آخر المناسك، وذكر في موضع آخر أنه لا يلزمه الجزاء لأنه في الرمي غير مرتكب للنهي ولكن لا يحل تناول ذلك الصيد، وهذه المسألة المستثناة من أصل أبي حنيفة فإن عنده المعتبر حالة الرمي إلا في هذه المسألة خاصة فإنه يعتبر في حل تناول حالة الإصابة احتياطاً لأن الحل يحصل بالذكاة، وإنما يكون ذلك عند الإصابة وعلى هذا إرسال الكلب ١ هـ. وقد اختلف كلامه لكن ذكر في البدائع أنه لا جزاء

مسكين عن الحموي: هذا عجيب منه فقد صرح به في متن النقاية حيث قال: وكذا ذبح الحلال صيد الحرم أو حله. قال الشراح: أي حلب الصيد فإنه يجب عليه قيمة اللبن ١ هـ. قلت: وكذا في متن الملتقى قوله: (فإنه يعتبر في حل تناول حالة الإصابة) تقييده بحل تناول يقتضي أن الاستثناء المذكور بالنسبة إليه لا بالنسبة إلى وجوب الجزاء وعدمه مع أن عبارة البدائع مصرح بأن وجوب الجزاء استحسان، وسيذكر المؤلف التوفيق بالحمل على الاستحسان فيكون الاستثناء مبنياً على الاستحسان وهو وجوب الجزاء لا حل تناول فتدبر. وعبارة البدائع هكذا ولو أرسل كلباً في الحل على صيد في الحل فاتبه الكلب فأخذه في الحرم فقتله لا شيء على المرسل، ولا يؤكل الصيد، أما الأول فلأن العبرة في وجوب الضمان لحالة الإرسال إذ هو السبب للضمان والإرسال وقع مباحاً فلا يتعلق به الضمان، وأما الثاني فلأن فعل الكلب ذبح للصيد وأنه حصل في الحرم فلا يحل أكله كما لو ذبحه آدمي إذ فعل الكلب لا يكون أعلى من فعل آدمي. ولو رمى صيداً في الحل فنفر الصيد فوقع السهم به في الحرم فعليه الجزاء قال محمد في الأصل: وهو قول أبي حنيفة فيما أعلم، وكان القياس أن لا يجب عليه الجزاء كما في إرسال الكلب وخاصة على أصل أبي حنيفة فإنه يعتبر حالة الرمي في المسائل حتى قال فيمن رمى إلى مسلم فارتد الرمي إليه ثم أصابه السهم فقتله إنه يجب عليه الدية اعتباراً بحالة الرمي إلا أنهم استحسنوا فأوجبوا الجزاء في الرمي دون الإرسال لأن الرمي هو المؤثر في الإصابة بمجرى العادة إن لم يتخلل بين الرمي والإصابة فعل فاعل مختار يقطع نسبة الأثر إليه شرعاً فبقيت الإصابة مضافة إليه شرعاً في الأحكام فصار كأنه ابتداء الرمي بعد ما حصل الصيد في الحرم، وقد تخلل بين الإرسال والأخذ فعل فاعل على مختار وهو الكلب فمنع إضافة الأخذ إلى المرسل. ١ هـ ملخصاً قوله: (منها لو نفر صيد النخ) صرح بهذا وبالثالث في الباب في أوائل بحث

عليه قياساً، وفي الاستحسان عليه الجزاء فيحمل الاختلاف على القياس والاستحسان. وفي فتاوي الولوالجي: لا يجب الجزاء ويكره أكله ١ هـ. وبما ذكرنا علم أن الصيد لو كان على أغصان شجرة متدلية في الحرم وأصل الشجرة في الحل فإن قتله عليه الجزاء لأن المعتبر في الصيد مكانه لا أصله، وفي حرمة قطع الشجرة العبرة للأصل لا للأغصان لأن الأغصان تبع للشجرة وليس الصيد تبعاً لها وهكذا في المحيط وغيره. وليس المراد من كون الصيد في الحرم أن يكون في أرضه لأنه لا يشترط الكون في الأرض لأنه لو كان طائراً في الحرم وليس في الأرض فإنه من صيد الحرم لأنه دخله وقد قال تعالى ﴿ومن دخله كان آمناً﴾ [آل عمران: ٩٧] وهواء الحرم كالحرم. وأما مسألة ما إذا رمى حلال إلى صيد فأحرم ثم أصابه أو عكسه فصرحوا في آخر الجنايات بأن المعتبر وقت الرمي.

وهنا فروع لم أرها صريحاً في كلام أئمتنا وإن أمكن استخراجها منه منها: لو نفر صيداً فهلك في حال هربه ونفاره، وينبغي أن يكون ضامناً ولا يخرج عن العهدة حتى يسكن. ومنها لو صاح على صيد فمات من صياحه يضمن وينبغي أن يقاس على ما إذا صاح على صبي فمات. ومنها ما لو رمى إلى صيد فنفذ فيه السهم فأصاب صيداً آخر فقتلها فينبغي أن يلزمه جزاءان لأن العمد والخطأ في هذا الباب سواء وهم قد صرحوا به في صيد الحرم ومنها إذا حفر بئراً فهلك فيها صيد الحرم وينبغي أنه إذا كان في ملكه أو موات لا ضمان وإلا ضمن بناء على أن التسبب يشترط فيه التعدي للماء لا يضمن، وإن كان للاصطياد يضمن. ومنها لو جرح الحلال صيداً في الحل ثم دخل الصيد الحرم فجرحه فمات منها وينبغي أن يلزمه قيمته مجروحاً كما تقدم في صيد الحرم. ومنها لو أمسك صيداً في الحل وله فرخ في

الجناية على الصيد مع فروع آخر فراجع. ثم قال: بعده ولو أرسل بازياً في الحل فدخل من غير قصد مرسله الحرم فقتل صيداً لا شيء عليه، ولو أرسل كلباً على ذئب في الحرم أو نصب له شبكة فأصاب الكلب صيداً أو وقع في الشبكة صيد فلا جزاء عليه أي لأن قصده قتل الذئب الذي هو حلال له فلم يكن متعدياً ١ هـ. شارح: ولو نصبها للصيد فعليه الجزاء ولو نصب خيمة فتعلق به صيد أو حفر للماء فوقع فيه صيد لا ضمان عليه، ولو أمسك حلال صيداً في الحل وله فرخ في الحرم فمات ضمن الفرخ لا الأم ١ هـ.

قوله: (ومنها إذا حفر بئراً فهلك فيها صيد الحرم) كذا في بعض النسخ. وفي بعضها زيادة وهي: وينبغي أنه إن كان في ملكه أو موات لا ضمان وإلا ضمن قوله: (ثم دخل الصيد الحرم فجرحه فمات منها) كذا في هذه النسخة موافقاً لما في النهر، وفي عدة نسخ غيرها بدون فجرحه والظاهر ما هنا تأمل قوله: (ومنها لو أمسك صيداً في الحل الخ) قال في النهر: هذه المسألة تعرف مما مر فيما لو غلق الباب على صيد قمات عطشاً ١ هـ. قلت: وكذا من مسألة ما لو نفر صيداً عن

الحرم فمات الفرخ وينبغي أن يكون ضامناً للفرخ لأنه من صيد الحرم وقد تسبب في موته إن قلنا إن إمساكه عن فرخه معصية. ومنها لو وقف على غصن في الحل وأصل الشجرة في الحرم ورمى إلى صيد في الحل أو كان الغصن في الحرم والشجرة والصيد في الحل، وينبغي أن يكون الواقف على الغصن حكمه كحكم الطائر إذا كان على الغصن فلا ضمان في الأولى وضمن في الثانية، ومنها إذا أدخل شيئاً من الجوارح فأتلفت شيئاً لا بصنعه وينبغي أنه إن لم يرسله فأتلف ضمن، وأما إذا أرسله فقد قدمنا عن المحيط عدم الضمان. ومنها لو رأى حلال جالس في الحرم صيداً في الحل هل يحل له أن يعد وإليه ليقته في الحل، وقد قدمنا أن الصيد يصير آمناً بواحد من ثلاثة، وقد يقال لما خرج من الحرم لم يبق واحد من الثلاثة فحل له، ويجاب بأن الكلام في حل سعيه في الحرم مع أن المقصود بالسعي أمن. وفي الفتاوى الظهيرية وغيرها: ومقدار الحرم من قبل المشرق ستة أميال، ومن الجانب الثاني اثنا عشر ميلاً، ومن الجانب الثالث ثمانية عشر ميلاً، ومن الجانب الرابع أربعة وعشرون ميلاً، هكذا قال الفقيه أبو جعفر، وهذا شيء لا يعرف قياساً وإنما يعرف نقلاً. قال الصدر الشهيد: فيما قاله نظر فإن من الجانب الثاني ميقات العمرة وهو التنعيم وهذا قريب من ثلاثة أميال أ هـ. وذكر الإمام النووي في شرح المذهب أن حده من جهة المدينة دون التنعيم على ثلاثة أميال من مكة، ومن طريق اليمن على سبعة أميال من مكة، ومن طريق الطائف على عرفات من بطن نمرة على سبعة أميال، ومن طريق العراق على ثنية جبل بالمقطع على سبعة أميال، ومن طريق الجعرانة في شعب أبي عبد الله بن خالد على تسعة أميال، ومن طريق جدة على عشرة أميال من مكة، وأن عليه علامات منصوبة في جميع جوانبه نصبها إبراهيم الخليل عليه السلام وكان جبريل يريه مواضعها، ثم أمر النبي ﷺ بتجديدها ثم عمر ثم عثمان ثم معاوية رضي الله عنهم وهي إلى الآن بينة وقد جمعها القاضي أبو الفضل النووي فقال:

وللحرم التحديد من أرض طيبة ثلاثة أميال إذا رمت إتقانه

بيضه. ثم رأيت المسألة مصرحاً بها في متن الباب فقال: لو ماتا ضمن الفرخ لا الأم قوله: (إن قلنا إن إمساكه عن فرخه معصية) في بعض النسخ «عن الحل» بدل قوله «عن فرخه» ولم يظهر لي معناه. وإنما قيد بذلك لما قدمه أن السبب كالمباشرة بشرط كونه عدواناً قوله: (ومنها لو وقف على غصن في الحل النخ) قال في النهر: في السراج لو كان الرامي في الحرم والصيد في الحل أو على العكس فهو من صيد الحرم، ولو رمی إلى صيد في الحل فنفر فأصابه في الحرم فعليه الجزاء، ولو أصابه في الحل ومات في الحرم يحل أكله قياساً ويكره استحساناً أ هـ. قوله: (ومنها لو رأى حلال جالس في الحرم النخ) قال في النهر: لا ينبغي أن يتوقف في الجواز إذ لا منع ثمة قوله: (ومن يمن سبع إلى آخر

وسبعة أميال عراق وطائف وجدة عشر ثم تسع جعرانه
ومن يمن سبع بتقديم سينها وقد كملت فاشكر لربك إحسانه

واختلف العلماء في أن مكة مع حرمة هل صارت حراماً أمناً بسؤال إبراهيم عليه السلام أم كانت قبله كذلك؟ والأصح أنها ما زالت محرمة من حين خلق الله السموات والأرض هـ. ثم اعلم أنه ليس للمدينة حرم عندنا فيجوز الاصطياد فيها وقطع أشجارها وقد وردت أحاديث كثيرة في الصحيحين وغيرها صريحة في تحريم المدينة كمكة وأولها أصحابنا بأن المراد بالتحريم التعظيم، ويرده ما ثبت في صحيح مسلم أن رسول الله ﷺ قال «إني حرمت المدينة ما بين لابتيها لا تقطع أغصانها ولا يصاد صيدها»^(١) فهو صريح في أن لها حراماً كمكة فلا يجوز قطع شجرها ولا الاصطياد فيها والأحسن الاستدلال بحديث أنس الثابت في الصحيحين أنه كان له أخ صغير يقال له أبو عمير وكان له نغير يلعب به فمات النغير فكان النبي ﷺ يقول: يا أبا عمير ما فعل النغير؟ ولو كان للمدينة حرم لكان إرساله واجباً عليه ولأنكر عليه رسول الله ﷺ في إمساكه ولا يمازحه. وأجاب في المحيط عن الأحاديث الصحيحة في أن لها حراماً أنها من أخبار الآحاد فيما تعم به البلوى لأن الشجر للمدينة أمر تعم به البلوى وخبر الواحد إذا ورد فيما تعم به البلوى لا يقبل إذ لو كان صحيحاً لاشتهر نقله فيما عم به البلوى هـ. قوله: (ومن دخل الحرم بصيد أرسله) أي فعليه أن يطلقه لأنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمته الحرم إذ هو صار من صيد الحرم فاستحق الأمن. أراد به ما إذا دخل به وهو ممسك له بيده الجارحة لأنه سيصرح بأنه إذا أحرم وفي بيته أو في قفصه صيد لا يرسله فكذلك إذا دخل الحرم ومعه صيد في قفصه لا في يده لا يرسله لأنه لا فرق بينهما. فالحاصل أن من أحرم وفي يده صيد حقيقة أو دخل الحرم كذلك وجب إرساله وإن كان في بيته أو قفصه لا يجب إرساله فيهما فنه بمسألة دخول الحرم هنا على مسألة المحرم، ونبه بمسألة المحرم الآتية على مسألة الحرم، وعمم الداخل ليشمل الحلال والمحرم. وليس المراد من إرساله تسييبه لأن تسييب الدابة حرام بل يطلقه على

البيت) قال في الشرنبلالية: ولو قيل «ومن يمن سبع عراق وطائف وجدة عشر ثم تسع جعرانه» لاستغنى عن البيت الثالث.

قوله: (بل يطلقه على وجه لا يضيع) سيأتي تفسيره بأن يرسله في بيت أو يودعه عند إنسان قول المصنف: (فإن باعه الخ) قال في اللباب: لا يجوز بيع المحرم صيداً في الحل والحرم أي سواء

(١) رواه البخاري في كتاب المدينة باب ١. كتاب الأنبياء باب ١٠. مسلم في كتاب الحج حديث ٤٤٥، ٤٤٦. أبو داود في كتاب المناسك باب ٩٦. الترمذي في كتاب المناقب باب ٦٧. النسائي في كتاب الحج باب ١١٠، ١١١. الموطأ في كتاب المدينة حديث ١٠.

دخل الحرم بصيد أرسله فإن باعه رد البيع إن بقي وإن فات فعليه الجزاء ومن أحرم

وجه لا يضيع ولا يخرج عن ملكه بهذا الإرسال حتى لو خرج إلى الحل فله أن يمسكه، ولو أخذه إنسان يسترده. وأطلق في الصيد فشمّل ما إذا كان من الجوارح أو لا، فلو دخل الحرم ومعه بازي فأرسله فقتل حمام الحرم فإنه لا شيء عليه لأنه فعل ما هو الواجب عليه وقد قدمناه.

قوله: (فإن باعه رد البيع إن بقي وإن فات فعليه الجزاء) لأن البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام ولزمه الجزاء بفوته لتفويت الأمن المستحق. وأشار بقوله «رد البيع» إلى أنه فاسد لا باطل. وأطلق في بيعه فشمّل ما إذا باعه في الحرم أو بعد ما أخرجه إلى الحل لأنه صار بالإدخال من صيد الحرم فلا يحل إخراجه إلى الحل بعد ذلك. وقيد بكون الصيد داخل الحرم لأنه لو كان في الحل والمتبايعان في الحرم فإن البيع صحيح عند أبي حنيفة، ومنعه محمد قياساً على منع رميه من الحرم إلى صيد في الحل كما قدمناه. وفرق الإمام بأن البيع ليس بتعرض له حساً بل حكماً وليس هو بأبلغ من أمره بذبح هذا الصيد بخلاف ما لو رماه من الحرم للاتصال الحسي. هذا ما ذكر الشارحون وفي المحيط خلافة فإن قال:

كان في يده أو قفصه أو منزله، ولا بيع الحلال في الحرم ولا شراؤها من محرم ولا حلال، فإن باعه أو ابتاعه فهو باطل، سواء كان حياً أو مذبوحاً في الإحرام أو الحرم. ولو هلك الصيد في يد المشتري، فإن كانا محرمين أو حلالين في الحرم لزمهما الجزاء، وإن كانا في الحل فعلى المحرم منهما. ولو وهبه لمحرم فهلك عنده فعلى الموهوب له جزاء الصيد وضمن لصاحبه أي لفساد الهبة، ولو أكله فعليه جزاء ثالث وعلى الواهب جزاء واحد. ولو أخرج صيداً من الحرم فباعه في الحل من محرم أو حلال فالبيع باطل، وكذا لو أدخل صيد الحل الحرم ثم أخرجه وباعه. ولو وكل محرم حلالاً ببيع صيد جاز، ولو وكل حلال حلالاً ثم أحرم الموكل قبل القبض جاز أيضاً. ولو باع صيداً له في الحل وهو في الحرم جاز ولكن يسلمه بعد الخروج إلى الحل، ولو تبايعاً صيداً. في الحل ثم أحرم فوجد المشتري به عيباً رجع بالنقصان وليس له الرد، ولو باع حلالان صيداً فأحرم أحدهما قبل القبض انفسخ البيع وتماه فيه وسيأتي بعض هذا قوله: (إلى أنه فاسد لا باطل) نقل التصريح بالفساد في الشرنبلالية عن الكافي والتبيين قوله: (وفي المحيط خلافة النخ) جزم في النهر بأن ما في المحيط ضعيف موافقة لرواية ابن سماعه. قال في البدائع: روى ابن سماعه عن محمد في رجل أخرج صيداً من الحرم إلى الحل أن ذبحه والانتفاع بلحمه ليس بمحرم، سواء أدى جزاءه أو لم يؤد غير أني أكره هذا الصنع فإن باعه واستعان بقيمته في جزائه جازاً هـ. وانظر من أين يستفاد ضعفه من كلام البدائع مع أنه جزم به في الخانية فقال: ولو ذبح هذا الصيد قبل التكفير أو بعده كره أكله تنزيهاً، ولو استعان بشمنه في الجزاء كان له ذلك ويجوز به الانتفاع للمشتري قوله: (فإن باعه) أي الصيد هو في الحرم ضمير وهو راجع إلى الصيد أيضاً. وقوله «لا مطلقاً» أي ليس المراد الإطلاق أي سواء كان

وفي بيته أو قفصه صيد لا يرسله ولو أخذ حلال صيداً فأحرم ضمن مرسله ولو أخذه

لو أخرج ظبية من الحرم فباعها أو ذبحها أو أكلها جاز البيع والأكل، ويكره لأنه مال مملوك لأنه قيام يده على الصيد وهما في الحل يفيد الملك له في الصيد كما لو أثبت اليد عليه ابتداء إلا أن الله تعالى فيه حقوقاً ورده إلى الحرم لكن حق الله تعالى في العين لا يمنع جواز البيع كبيع مال الذكاة والأضحية هـ. فقوله في المختصر «فإن باعه» أي الصيد وهو في الحرم لا مطلقاً قوله (ومن أحرم وفي بيته أو قفصه صيد لا يرسله) أي لا يجب إطلاقه لأن الصحابة كانوا يجرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم إرسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من إحدى الحجج، ولأن الواجب عدم التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لأنه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير أنه في ملكه، ولو أرسله في مفازة فهو على ملكة فلا يعتبر ببقاء الملك. أطلقه فشمّل ما إذا كان القفص في يده لأنه في القفص لا في يده بدليل جواز أخذ المصحف بغلافه للمحدث، وقيل يلزمه إرساله على وجه لا يضيع بأن يرسله في بيت أو يودعه عند إنسان بناء على كونه في يده بدليل أنه يصير غاصباً له بغصب القفص. وقيد بكونه في بيته أو قفصه لأنه لو كان بيده الجارحة لزمه إرساله اتفاقاً، فلو هلك وهو في يده لزمه الجزاء وإن كان مالكاً له للجناية على الإحرام بإمساكه. وفي المغرب: شاة داجن ألقت البيوت. وعن الكرخي: الدواجن خلاف السائمة هـ. فالمراد بالصيد نحو الصقر والشاهين وبالدواجن نحو الغزالة قوله: (ولو أخذ حلال صيد فأحرم ضمن مرسله) يعني عند الإمام. وقالوا: لا يضمن لأن المرسل أمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل. وله أنه ملك الصيد بالأخذ ملكاً محترماً فلا يبطل احترامه بإحرامه وقد أثلفه المرسل فيضمنه والواجب عليه ترك التعرض، ويمكنه ذلك بأن يخله في بيته فإذا قطع يده عنه كان متعدداً. قال في

في الحرم أو بعد إخراجه إلى الحل، وهذا حمل لكلام المتن على ما في المحيط قوله: (وقيل يلزمه إرساله النخ) أشار إلى ضعفه، قال في النهر: وعبرة فخر الإسلام تؤذن بترجيح الأول حيث قال: ويستوي إن كان القفص في يده أو في رحله. وقال بعض مشايخنا: إن في يده يلزمه إرساله هـ. قوله: (بأن يرسله في بيت النخ) اعترضه ابن الكمال فقال: ومن قال بأن يخله في بيته فكانه غافل عن شمول المسألة للمحرم المسافر الذي لا بيت له، ومن قال أو يودعه فكانه غافل عن أن يد المودع كيد المودع، كذا في حواشي مسكين عن الحموي. قلت: دفعه في النهر فقال: وأفاد في فوائد الظهيرية أن يد خادمه كرحله، وبه اندفع منع بعض التأخرين إيداعه على القول بإرساله فإن يد المودع كيده فهلا كانت يد خادمه كيده قوله: (فالمراد بالصيد نحو الصقر النخ) حمل في النهر الصيود على الصيود الوحشيات والدواجن على المستأنسة ثم قال: ومن خص الصيود بالطيور والدواجن بغيرها كالغزالة فقد أبعد هـ. ومراده التعريض بصاحب غاية البيان فإن ما ذكره المؤلف مأخوذ منه قوله: (وهو يقتضي أن يفتي بقولهما) وهو مقتضى ما في البرهان أيضاً. قال في الشرنبلالية. وفي البرهان

محرم لا يضمن فإن قتله محرم آخر ضمناً ورجع أخذه على قاتله فإن قطع حشيش الحرم

الهداية: ونظيره الاختلاف في كسر المعازف ا هـ. وهو يقتضي أن يفتى بقولهما هنا لأن الفتوى على قولهما في عدم الضمان بكسر المعازف ا هـ. وهي آلات اللهو كالطنبور. أطلق في الإرسال فشمّل ما إذا أرسله من يده الحقيقية أو الحكمية أي من بيته لكن يضمنه في الثاني اتفاقاً. كذا في شرح ابن الملك للمجمع قوله: (ولو أخذه محرم لا يضمن) أي لا يضمن مرسله من يده اتفاقاً لأنه لم يملكه بالأخذ لأن المحرم لا يملك الصيد بسبب من الأسباب لأنه محرم عليه فصار كالخمر والخنزير. كذا قالوا: ومقتضاه أنه لو باعه المحرم فبيعه غير منعقد أصلاً، وقد صرح في المحيط بفساد البيع. والمراد من قولهم المحرم لا يملك الصيد بسبب من الأسباب الاختيارية كالشراء والهبة والصدقة والوصية، وأما السبب الجبري فيملكه به كما إذا ورث من قريبه صيداً كما صرح به في المحيط. وأشار إلى أنه لو أرسله المحرم فأخذه حلال ثم حل مرسله فإنه يأخذه مرسله في الصورة الأولى ممن هو في يده لأنه لم يخرج عن ملكه ولا يأخذه في الثانية لأنه لم يكن مالكاً أصلاً قوله: (فإن قتله محرم آخر ضمناً ورجع أخذه على قاتله) لوجود الجنائية منهما الأخذ بالأخذ والقاتل بالقتل فلزم كل واحد منهما جزاء كامل، ورجع الأخذ على القاتل بما غرم لأن أداء الضمان يوجب ثبوت الملك في المضمون بالأخذ السابق وقد تعذر إظهاره في عين الصيد فأظهرناه في بدله لأنه قائم مقام الملك في حق الرجوع ببذله كمن غصب مدبراً وقتله إنسان في يده يرجع بما ضمن على القاتل وإن لم يملك المدبر فكذا هذا، بل أولى لأن المدبر لا يملك بسبب ما والمحرم يملك الصيد بسبب الإرث كما قدمناه. وإنما قيد بكون القاتل محرماً آخر لقوله «ضمناً» فإن القاتل لو كان حلالاً فإن كان الصيد في الحرم لزمه الجزاء، وإن كان من صيد الحل لا ضمان عليه بالقتل لكن يرجع عليه الأخذ بما ضمن، فالرجوع لا فرق فيه بين المحرم والحلال. وفي المحيط: ولو كان القاتل نصرانياً أو صيباً فلا جزاء عليه الله تعالى ويرجع عليه الأخذ بقيمته لأنه يلزمه حقوق العباد دون حقوق الله تعالى. وقيد بكون القاتل آدمياً فإنه لو قتله بهيمة إنسان فإن الجزاء على الأخذ وحده ولا رجوع للأخذ على أحد كما ذكره الأسبجاني. وأطلق في الرجوع فشمّل ما إذا كان الأخذ كفر بالصوم فيرجع الأخذ بالقيمة مطلقاً وهو ظاهر ما

قول أبي حنيفة رحمه الله هو القياس، وقولهما استحسان وهذا نظير اختلافهم فيمن أثلف المعازف قوله: (وأما السبب الجبري الخ) قال في النهر: لكن في السراج أنه لا يملكه بالميراث وهو الظاهر لما سيأتي قوله: (في الصورة الأولى) وهي قول المتن «ولو أخذ حلال» والمراد بالثانية قوله «ولو أخذه محرم» قوله: (وقد تعذر إظهاره) أي إظهار الملك في المضمون لما مر أنه لا يملكه بسبب من الأسباب.

قول المصنف: (فإن قطع حشيش الحرم) قال في الباب: ولو حش الحشيش فإن خرج مكانه

أو شجراً غير مملوك ولا مما ينبته الناس ضمن قيمته إلا فيما جف وحرم رعي حشيش

في النهاية لكن صرح في المحيط عن المنتقى أنه إن كفر بالصوم فلا رجوع له لأنه لم يغرم شيئاً ١ هـ. وجزم به الشارح واختاره في فتح القدير.

قوله: (فإن قطع حشيش الحرم أو شجر غير مملوك ولا مما ينبته الناس ضمن قيمته إلا فيما جف) لحديث الصحيحين «لا يَحْتَلِي خِلَافُهَا وَلَا يَعْضُدُ شَوْكُهَا» والخلا بالقصر الحشيش واختلاؤه قطعه، والعضد قطع الشجر من باب ضرب. كذا في المغرب. وفي فتح القدير: الخلا هم الرطب من الكلاً والشجر اسم للقائم الذي بحيث ينمو فإذا جف فهو حطب. وقد ذكر النووي عن أهل اللغة أن العشب والخلا اسم للرطب، والحشيش اسم لليابس، وأن الفقهاء يطلقون الحشيش على الرطب واليابس مجازاً، وسمي الرطب حشيشاً باعتبار ما يؤول إليه ١ هـ. فقد أفاد الحديث أن المحرم هو المنسوب إلى الحرم والنسبة إليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره. قيد بكونه غير مملوك لأنه لو قطع ما أنبته الناس فإنه لا يضمن للحرم بل يضمن قيمته للملك، وقيد بقوله «مما لا ينبته الناس» لأنه لو قطع ما نبت بنفسه وهو من جنس ما ينبته الناس فإنه لا ضمان عليه لأنه إنما نبت ببذر وقع فيه فصار كما إذا علم أنه أنبته الناس ولهذا يحل قطع الشجر المثمر لأنه أقيم كونه مثمراً مقام إنبات الناس لأن إنبات الناس في الغالب للثمر. وقال في المحيط وغيره: ولو نبت شجر أم غيلان بأرض رجل فقطعه آخر لزمه قيمتان قيمة للشرع وقيمة للمالك كالصيد المملوك في الحرم أو الإحرام ١ هـ. وهي واردة على المصنف فالمراد من قوله «أو شجراً غير مملوك» الشجر الذي لم ينبته أحد، سواء كان مملوكاً أو لا، ولذا لم يذكر الملك في أكثر الكتب إنما ذكروا ما لم ينبته الناس. فالخاصل أن النبات في الحرم إما أذخراً وغيره، فالأول سيستثنيه، والثاني على ثلاثة إما أن يحف أو

مثله سقط الضمان وإلا فلا ١ هـ. أي وإن لم يعد مكانه مثله بل أخلف دون الأول لا يسقط الضمان بل كان عليه ما نقص، وإن جف أصله كان عليه قيمته (شرح) قوله: (لأنه لو قطع ما أنبته الناس الخ) فيه أن هذا خارج بقول المصنف «ولا مما ينبته الناس» فيلزم عليه التكرار وإغناء أحد القيدتين عن الآخر فإن الثاني يشمل النبات بنفسه والمستنبت تأمل قوله: (وهي واردة على المصنف) قال في النهر: والحق أن هذا القيد يعني قوله «غير مملوك» إنما هو لإخراج ما لو أنبته إنسان فلا شيء بقطعه للملك إياه، ولا يرد ما مر - أي عن المحيط - لأن المتون إنما هي على قول الإمام وإن رجح خلافه، وقد علمت أن تملك أرض الحرم على قول الإمام غير متحقق فوجب القيمتين غير متصور، وهذا مما خفى على كثير من الناظرين في هذا المقام. وبهذا التقرير استغنى عن قوله في البحر «المراد بغير المملوك الذي لم ينبته أحد سواء كان مملوكاً أولاً ١ هـ. وفيما يأتي من كلام الفتح إشارة إلى هذا الجواب لكن لا يخفى ما فيه على المتأمل النيه لأن الاحتراز عما لو أنبته إنسان إنما يتأتى على قولهما بتحقيق ملك الحرم وما يستنبت فيه لا على قول الإمام قوله: (فما فيه الجزاء هو ما نبت بنفسه الخ)

ينكسر أو ليس واحداً منهما، وقد استثنى ما جف أي ييس ويلحق به المنكسر، وأما ما ليس واحداً منهما فهو على قسمين: إما أن يكون أنبته الناس أو لا، والأول لا شيء فيه سواء كان من جنس ما ينبت الناس أو لا، والثاني إن كان من جنس ما ينبت الناس فلا شيء عليه وإلا ففيه الجزاء فما فيه الجزاء هو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما أنبته الناس ولا منكسراً ولا جافاً ولا أذخراً. وفي المحيط: ولو قطع شجرة في الحرم فغرم قيمتها ثم غرسها مكانها ثم نبت ثم قلعها ثانياً فلا شيء عليه لأنه ملكها بالضمان. وأشار بقوله «ضمن قيمته» إلى أنه لا مدخل للصوم هنا كصيد الحرم. وأطلق في القاطع فشمّل الحلال والمحرم، وقيد بالقطع لأنه ليس في المقلوع ضمان. ذكره ابن بندار في شرح الجامع. وأشار بالضمان أيضاً إلى أنه يملكه بأداء الضمان كما في حقوق العباد، ويكره الانتفاع به بعد القطع بيعاً وغيره لأنه لو أبيح ذلك لتطرق الناس إليه ولم يبق فيه شجر. كذا قالوا وهو يدل على أن الكراهة تحريرية. وفي المحيط: ولو باعه جاز للمشتري الانتفاع به لأن إباحة الانتفاع للقاطع تؤدي إلى استئصال شجر الحرم وفي حق المشتري لا، لأن تناوله بعد انقطاع النماء هـ. وفي شرح المجمع: ويخلاف الصيد فإن يبعه لا يجوز وإن أدى قيمته هـ. فالخاصل أن شجر الحرم يملك بأداء القيمة وصيد الحرم لا يملك أصلاً، وأشار بعدم الضمان فيما جف إلى أنه يحل الانتفاع به لأنه حطب. ثم اعلم أن قولهم «لو نبت الشجر بأرض رجل ملكه» إنما يتصور على قولهما، أما على قول أبي حنيفة لا يتصور لأنه لا يتحقق صدق تملك أرض الحرم بل هي سوائب عنده. كذا في فتح القدير. وأراد بالسوائب الأوقاف وإلا فلا سائبة في الإسلام. وصرح في الهداية بأن قولهما رواية عن الإمام. وفي غاية البيان قال مجاهد في أم غيلان نبتت في الحرم في أرض رجل: ليس لصاحبه قطعه ولو قطعه فعليه لعنة الله تعالى هـ. وقد قدمنا أن العبرة لأصل الشجرة لا لأغصانها لكن قال في الأجناس: الأغصان تابعة لأصلها وذلك على ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون أصلها في الحرم والأغصان في الحل فعلى قاطع أغصانها القيمة، والثاني أن يكون أصلها في الحل وأغصانها في الحرم لا ضمان على القاطع في أصلها وأغصانها، والثالث بعض أصلها في الحل وبعضه في الحرم فعلى القاطع الضمان سواء كان الغصن من جانب الحل أو من جانب الحرم هـ.

أي كأم غيلان سواء كان مملوكاً بأن يكون في أرض مملوكة لأحد أو غير مملوك (الباب وشرحه) قوله: (كصيد الحرم) أي في حق الحلال لأن المحرم تلزمه قيمة بخير فيها بين الهدى والإطعام والصوم كما قدمه عن الهداية عند قول المتن «وبذبح الحلال صيد قيمة يتصدق بها لا صوم» وقدّمناه أيضاً عن اللباب وشرحه قوله: (فإن يبعه لا يجوز) أي لا يصح قوله: (وإيجاباً بمنع الحرج الخ) قال في البرهان: ولقائل أن يقول إن احتياج أهل مكة إلى حشيش الحرم لدوابهم فوق احتياجهم إلى

الحرم وقطعه إلا الأذخر وكل شيء على المفرد به دم فعلى القارن دمان إلا أن يجاوز

قوله: (وحرّم رعى حشيش الحرم وقطعه إلا الأذخر) لإطلاق الحديث «ولا يختلي خلاها» لأنه لا فرق بين القطع بالمناجل والمشافر. والمنجل ما يحصد به الزرع، والمشفر للبعير كالحجلة من الفرس والشفة من الإنسان. وجوز أبو يوسف رعيه لمكان الحرج في حق الزائرين والمقيمين، وأجابا بمنع الحرج لأن الحمل من الحل متيسر ولئن كان فيه حرج فلا يعتبر لأن الحرج إنما يعتبر في موضع لا نص عليه وأما مع النص بخلافه فلا. وأما الأذخر فهو نبت معروف بمكة وقد استثناه عليه الصلاة والسلام بالتماس العباس كما عرف في الصحيح، وذكر في البدائع ثلاثة أوجه: الأول أنه عليه الصلاة والسلام كان في قلبه هذا الاستثناء إلا أن العباس سبقه فأظهر النبي ﷺ بلسانه ما كان في قلبه. الثاني يحتمل أن الله تعالى أمره أن يخبر بتحريم كل خلا مكة إلا ما يستثنيه العباس وذلك غير ممتنع. الثالث يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام عمم المنع فلما سأله العباس جاءه جبريل برخصة الأذخر فاستثناه، وهو استثناء صورة تخصيص معنى والتخصيص التراخي عن العام نسخ عندنا، والنسخ قبل التمكن من الفعل بعد التمكن من الاعتقاد جائز عندنا هـ. وقيد بالحشيش لأن الكمأة من الحرم يجوز أخذها لأنها ليست من نبات الأرض وإنما هي مودعة فيها ولأنها لا تنمو ولا تبقى فأشبهت اليابس من النبات. وأشار المصنف بذكر صيد الحرم وشجره وحشيشه إلى أنه لا بأس بإخراج حجارة الحرم وترابه إلى الحل لأنه يجوز استعماله في الحرم ففي الحل أولى. كذا في المحيط وغيره. وكذلك يجوز نقل ماء زمزم إلى سائر البلاد للعلة المذكورة، وأما ثياب الكعبة فنقل أئمتنا أنه لا يجوز بيعها ولا شراؤها لكن الواقع الآن أن الإمام أذن في إعطائها لبني شيبه عند التجديد وللإمام ذلك، فأئمتنا إنما منعوا من بيعها لأنها مال بيت المال ولا

الأذخر لعدم انفكاكها منه، وأمرهم برعيها خارج الحرم في غاية المشقة إذ أقرب حد الحرم جهة التنعيم وهو فوق أربعة أميال والجهات الأخر سبعة وثمانية وعشرة، فلو حرم رعيه لحرج الرعاة كل يوم مانعين لها منه إلى إحدى الجهات في زمن ثم عادوا في مثله وقد لا يبقى من النهار وقت ترعى فيه الدواب إلى أن تشبع على أن أصل جعل الحرم إنما كان ليأمن من أهله على أنفسهم وأموالهم، فلو لم يجز لهم رعي حشيشه لخطفوا كغيرهم قال الله تعالى ﴿أَو لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا وَيَتَخَفَتِ النَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ﴾ [العنكبوت: ٦٧] ذكره في معرض الامتنان عليهم حيث كانت العرب حول مكة يغزو بعضهم بعضاً يتغاورون ويتناهون، وأهل مكة قارون آمنون فيها لا يغزون ولا يغار عليهم مع قتلهم وفي قوله ﷺ «لا يختلي خلاها» وقوله «ولا يعضد شوكها» وسكوته عن نفي الرعي إشارة في جوازه، ولو كان الرعي مثله لبينه ولا مساواة بينهما ليلحق به دلالة إذا القطع فعل من يعقل والرعي فعل العجماء وهو جبار وعليه عمل الناس، وليس في النص دلالة على نفي الرعي ليلزم من اعتبار البلوى معارضته بخلاف الاحتشاش الذي قال به ابن أبي ليلى والله أعلم. كذا في حاشية المدني

شك أن التصرف فيه للإمام فحيث جعله عطاء لقوم مخصوصين فإن البيع جائز. وهكذا اختاره الإمام النووي في شرح المذهب فقال: إن الأمر فيها إلى الإمام يصرفها في بعض مصارف بيت المال بيعاً وعطاء لما رواه الأزرقى أن عمر رضي الله عنه كان ينزع كسوة البيت كل سنة فيقسمها على الحاج، ولأنه لو لم يجز التصرف في كسوتها لتلفت بطول الزمان قال ابن عباس وعائشة: تباع كسوتها ويجعل ثمنها في سبيل الله والمساكين وابن السبيل. ولا بأس أن يلبس كسوتها من صارت إليه من حائض وجنب وغيرهما. ثم قال النووي: لا يجوز أخذ شيء من طيب الكعبة لا للتبرك ولا لغيره، ومن أخذ شيئاً منه لزمه رده إليها فإن أراد التبرك أتى بطيب من عنده فمسحها به ثم أخذه هـ.

قوله: (وكل شيء على المفرد به دم فعلى القارن دمان) أي دم لحجته ودم لعمرته لأنه محرم بإحرامين عندنا على ما قدمناه وقد جنى عليهما وليس إحرام الحج أقوى من إحرام العمرة حتى يستتبعه كما قلنا في المحرم إذا قتل صيد الحرم أنه يلزمه جزاء واحد للإحرام لأنه أقوى لأن الإحرامين سواء لأنه يحرم بكل واحد منهما ما يحرم بالآخر، والتفاوت إنما هو في أداء الأفعال. والتحقيق أن التعدد إنما هو بسبب إدخال النقص على العبادتين بسبب الجنائية، وأراد بوجوب الدم على المفرد ما كان بسبب الجنائية على الإحرام بفعل شيء من محظوراته لا مطلقاً فإن المفرد إذا ترك واجباً من واجبات الحج لزمه دم، وإذا تركه القارن لا يتسدد اندم عليه لأنه ليس جنائية على الإحرام. وأراد بالدم الكثرة سواء كانت دماً أو صدقة، فإذا فعل القارن ما يلزم المفرد به صدقة لزمه صدقتان كما صرح به اللؤلؤجي في فتاواه. وسواء كانت كفارة جنائية أو كفارة ضرورة، فإذا لبس أو غطى رأسه للضرورة تعددت الكفارة. وأراد بالقارن من كان محرماً بإحرامين قارناً كان أو متمتعاً ساق الهدى فإننا قدمنا أن المتمتع إذا ساق الهدى لا يخرج عن إحرام العمرة إلا بالخلق يوم النحر، وسيأتي في باب إضافة الإحرام إلى

عن حاشية شيخه على اللباب. أقول وفي اللباب: ولا يجوز رعي الحشيش ولو ارتعته دابته حالة المشي لا شيء عليه، ولا يجوز اتخاذ المساويك من أراك الحرم وسائر أشجاره إذا كان أخضر هـ قوله: (وليس إحرام الحج أقوى النخ) قال في النهر: لكن يرد عليه ما مر أنه لو جامع بعد ما طاف لها أربعة أشواط تجب شاة، ولو كان ذلك بعد الوقوف فبدنة، فقالوا في الفرق إظهاراً للتفاوت بينهما ولا تساوي لم يتفاوت قوله: (قارناً كان أو متمتعاً ساق الهدى) قد مر أن المتمتع الذي لم يسق الهدى مخير بين الخلق وبين بقائه محرماً إلى أن يدخل إحرام الحج، والظاهر أن الذي اختار البقاء مثل من ساق الهدى كما يدل عليه التحقيق السابق، ومسألة من جمع بين حجتين الآتية. ثم رأيت في اللباب حيث قال: وما ذكرناه من لزوم الجزاءين على القارن هو حكم كل من جمع بين الإحرامين كالمتمتع الذي ساق الهدى أو لم يسقه ولكن لم يحل من العمرة حتى أحرم بالحج، وكذا من جمع بين

الإحرام أن من جمع بين حجتين وجنى جناية قبل الشروع في الأعمال فإنه يلزمه دمان عند أبي حنيفة لأنه محرم بإحرامين كالقارن. وأطلق في لزوم الدمين فشمّل ما إذا كان قبل الوقوف بعرفة أو بعده، ولا خلاف فيما قبله، وأما فيما بعده فقد قدمنا اختلاف المشايخ في أن إحرام العمرة في حق القارن ينتهي بالوقوف أولاً، فمن قال بانتهائه لا يقول بالتعدد، ومن قال ببقائه قال به. وذكر شيخ الإسلام أن وجوب الدمين على القارن إذا كانت الجناية قبل الوقوف في الجماع وغيره، أما بعد الوقوف ففي الجماع يجب دمان، وفي سائر المحظورات دم واحد هـ. وقد قدمنا أن المذهب بقاء إحرام عمرة القارن بعد الطواف إلى الحلق فيلزمه بالجناية بعد الوقوف دمان، سواء كان جماعاً أو قتل صيد أو غيرهما، وقدّمنا أن الصواب أنه ينتهي بالحلق حتى في حق النساء حتى لو جامع القارن بعد الحلق لا يلزمه لأجل العمرة شيء، فما في الأجناس كما نقله في غاية البيان من أن القارن إذا قتل صيداً بعد الوقوف يلزمه دم واحد ففرع على قول من قال بانتهاء إحرام العمرة بالوقوف وقد علمت ضعفه قوله: ((إلا أن يجاوز الميقات غير محرم)) استثناء منقطع لأنه ليس داخلياً فيما قبله لأن صدر الكلام إنما هو فيما لزم المفرد بسبب الجناية على إحرامه والمجاوز بغير إحرام لم يكن محرماً ليخرج لأنه يلزمه دم، سواء أحرّم بعد ذلك بحج أو عمرة أو بهما أو لم يحرم أصلاً فلا حاجة إلى استثنائه في كلامهم لكن على تقدير أن يحرم بعد المجاوزة فقد أدخل نقصاً في إحرامه وهو ترك جزء منه بين الميقات والموضع الذي أحرّم فيه، فتوهم زفر أنه إذا أحرّم قارناً أنه أدخل هذا النقص على الإحرامين فأوجب دمين. وقلنا: إن الواجب عليه عند دخول الميقات أحد النسكين فإذا جاوز به غير إحرام ثم أحرّم بهما فقد أدخل النقص على ما لزمه وهو أحدهما فلزمه جزاء واحد. وأورد في غاية البيان على اقتصارهم في الاستثناء على هذه المسألة مسائل منها: أن القارن إذا أفاض قبل الإمام يجب عليه دم واحد كالمفرد. ومنها إذا طاف طواف الزيارة جنباً أو محدثاً وقد رجع إلى أهله يجب عليه دم واحد. ومنها أن القارن إذا وقف بعرفة ثم قتل صيداً فعليه قيمة واحدة كما في الأجناس. ومنها إذا حلق قبل أن يذبح فإنه يلزمه دم واحد. ومنها أن القارن إذا قطع شجر الحرم فإنه يلزمه قيمة واحدة كالمفرد هـ. فالحاصل أن

الحجّتين أو العمرتين على هذا لو أحرّم بمائة حجة أو عمرة ثم جن قبل رفضها فعليه مائة جزاء هـ قوله: (وقد قدمنا أن المذهب (نخ) أي عند قول المتن «إذا حلق يوم النحر حل من إحراميه» قوله: (فلا حاجة إلى استثنائه) قال في الشرنبلالية: لكن ذكر لبيان قول زفر هـ أي للتخصيص على مخالفته قوله: (وأورد في غاية البيان (نخ) أقول: أوصل في اللباب المستثنيات إلى اثني عشر وفي شرحه كلام طويل فراجعهما.

قوله: (وأما مسألة الحلق قبل الذبح (نخ) ما أجاب به هنا قد عزاه فيما سبق إلى العناية، وقدمنا

الميقات غير محرم ولو قتل المحرمان صيداً تعدد الجزاء ولو حلالان لا ويبطل بيع

المستثنى عدة مسائل لا مسألة واحدة، والتحقيق أنه لا استثناء أصلاً. أما مسألة الكتاب فقد قدمنا أنه استثناء منقطع، وأما مسألة الإفاضة فإنما وجب دم بسبب ترك واجب من واجبات الحج وليس هو جنابة على الإحرام كما قدمناه، ولا خصوصية لهذا الواجب بل كل واجب من واجبات الخ فإنه لا تعلق للعمرة به. وأما مسألة الطواف جنباً فإنما وجب دم واحد لترك واجب من واجبات الطواف لا للجنابة على الإحرام، ولهذا لو طاف جنباً وهو غير محرم فإنه يلزمه دم وإن كان الدم متنوعاً إلى بدنة وشاة نظراً إلى كمال الجنابة وخفتها. وأما مسألة قتل الصيد بعد الوقوف فالمذهب لزوم دمين، وما في الأجناس ضعيف كما قدمناه. وأما مسألة الحلق قبل الذبح فإنه لا يلزم المفرد به شيء لأن الذبح ليس بواجب عليه، وهم إنما أوجبوا التعدد على القارن فيما يلزم المفرد به كفارة وليس على المفرد به شيء فلا يتعدد الدم على القارن. وأما مسألة قطع شجر الحرم فهو من باب الغرامات لا تعلق للإحرام به بخلاف صيد الحرم إذا قتله القارن فإنه يلزمه قيمتان كما صرح به الأسبيجاني وغيره لأنها جنابة على الإحرام وهو متعدد كما قدمنا أن أقوى الحرمتين تستتبع أدناهما والإحرام أقوى فكان وجوب القيمة بسبب الإحرام فقط لا بسبب الحرم، وإنما ينظر إلى الحرم إذا كان القاتل حلالاً والله سبحانه الموفق. وذكر في النهاية صورة يجب فيها القارن دمان لأجل المجاوزة وهي ما إذا جاوز فأحرم بحج ثم دخل مكة فأحرم بعمرة ولم يعد إلى الحل محرماً وهي غير واردة عليهم لأن أحد الدمين للمجاوزة وهو الأول والثاني لتركه ميقات العمرة لأنه لما دخل مكة التحق بأهلها وميقاتهم في العمرة الحل.

قوله: (ولو قتل المحرمان صيداً تعدد الجزاء ولو حلالان لا) أي لا يتعدد الجزاء بقتل صيد الحرم لما قدمنا أن الضمان في حق المحرم جزاء الفعل وهو متعدد وفي صيد الحرم جزاء المحل وهو ليس بمتعدد كرجلين قتلاً رجلاً خطأ يجب عليهما دية واحدة لأنها بدل المحل، وعلى كل واحد منهما كفارة لأنها جزاء الفعل. أشار المصنف إلى أنه لو اشترك محرم وحلال في قتل صيد الحرم فعلى المحرم جميع القيمة وعلى الحلال نصفها لما أن الضمان يتبعض في حق الحلال، وإلى أنه لو كانوا أكثر من اثنين في صيد الحرم قسم الضمان على عددهم، وإني أنه لو اشترك مع الحلال من لا يجب عليه الجزاء من كافر أو صبي وجب على الحلال بقدر ما يخصه من القيمة إذا قسمت على العدد. وفي الجامع الكبير: لو أخذ حلال صيد الحرم فقتله نصراني أو صبي أو بهيمة في يده فعلى الحلال قيمته ولا شيء على النصراني والصبي، ويرجع الحلال بما ضمن عليهما لأنه لولا قتلها لتمكن الحلال من إرساله. وذكر الأسبيجاني أنه لو

عن السعدية ما فيه فالأوجه ذكر ما قدمه هناك عن غاية البيان من أنه لم يجز إلا على إحرام الحج لفراغه من أفعال العمرة فيلزمه دم واحد وهو الذي مشى عليه في السعدية وقدمنا ما فيه أيضاً

المحرّم صيداً وشراؤه ومن أخرج طيبة الحرم فولدت فماتا ضمنهما فإن أدى جزاءها

اشترك حلال ومفرد وقارن في قتل صيد الحرم فعلى الحلال ثلث الجزاء، وعلى المفرد جزاء كامل، وعلى القارن جزاءان ١ هـ. ولم يبين المصنف الجزاء الذي يجب على الحلالين بقتل صيد الحرم مع أن فيه تفصيلاً وهو أنهما إن ضرباه ضربة واحدة فمات كان على كل واحد منهما نصف قيمته صحيحاً، وإن ضربه كل واحد منهما ضربة فإن وقعا معاً فإنه يجب على كل واحد منهما ما نقصته جراحته، ثم يجب على كل واحد منهما نصف قيمته مجروحاً بجراحته لأن عند اتحاد فعلهما جميع الصيد صار متلفاً بفعلهما فضمن كل نصف الجزاء، وعند الاختلاف الجزء الذي تلف بضربة كل هو المختص بإتلافه فعليه جزاؤه والباقي متلف بفعلهما فعليهما ضمانه. وإن كان الضارب له حلالاً ومحرمًا كذلك ضمن كل واحد ما نقصته جراحته ثم يضمن الحلال نصف قيمته مضروباً بالضربتين، وعلى المحرم قيمته مضروباً بالضربتين ولو لم يقع معاً بأن جرحه الحلال أولاً ثم ثنى المحرم ضمن الحلال ما انتقص بجرحه صحيحاً ونصف قيمته وبه الجراحتان لأن النقصان حصل بالجرح وهو صحيح والهلاك حصل بأثر الفعل وهو منقوص بالجراحتين وعلى المحرم قيمته وبه الجرح الأول لأنه حين جرح كان منقوصاً بالجرح الأول. ولو قطع حلال يد صيد ثم فقأ محرم عينه ثم جرحه قارن فمات فعلى الحلال قيمته كاملة لأنه استهلكه معنى وهو صحيح لأنه فوت عليه جنس المنفعة، وعلى الثاني قيمته وبه الجرح الأول لأنه استهلكه معنى، وعلى القارن قيمتان وبه الجنايات لأنه أتلّف حقيقة بأثر الفعل وهو منقوص بهما، وتمازى تفاريعه في المحيط قوله: (ويبطل بيع المحرم صيد أو شراؤه) لأن بيعه حياً تعرض للصيد بفوات الأمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة. كذا علّله في الهداية. والظاهر من الصيد هو الحي، وأما الميتة فمعلوم بطلان بيعها. وأشار إلى أنه لو هلك في يد المشتري فإنه لا ضمان عليه للبائع إذا كان اصطاده البائع وهو محرم لأنه لم يملكه. وإن كان قد اصطاده وهو حلال ثم أحرم فباعه فإن المشتري يضمن له قيمته، وأما الجزاء فعلى كل واحد جزاء كامل لأن البائع جنى بالبيع والمشتري بالشراء

فراجع عند قوله «ودمان لو حلق القارن قبل الذبح».

قوله: (وإن كان قد اصطاده وهو حلال النخ) قال الرملي: فيه دلالة على أن البيع في هذه الصورة فاسد، وبه صرح في النهر مع أنه داخل في عموم كلام المصنف، وكلامه صريح في أن المشتري محرم أيضاً فيكون مخرجاً لكلام المصنف عن الإطلاق، فقوله «سواء كانا محرمين أو أحدهما النخ» مستدرك فتأمل. وقوله «وإن كان قد اصطاده وهو حلال» إلى قوله «يضمن له قيمته وأما الجزاء فعلى كل واحد» يصلح جواباً لما ألغز به بعضهم بقوله:

عندي سؤال حسن مستظرف فرع على أصليين قد تفرعا أتلّف شيئاً برضا مالكة ويضمن القيمة

فولدت لا يضمن الولد.

والأخذ. وإنما كان البيع باطلاً ولم يكن فاسداً لأن الصيد في حق المحرم محرم العين بقوله تعالى ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾ [المائدة: ٩٦] أضاف التحريم إلى العين فأفاد سقوط التقوم في حقه كالخمر في حق المسلم. وحاصله إخراج العين عن المحلية لسائر التصرفات فيكون التصرف فيها عبثاً فيكون قبيحاً لعينه فيبطل، سواء كانا محرمين أو أحدهما، ولهذا أطلقه المصنف فإنه أفاد أن بيع المحرم باطل ولو كان المشتري حلالاً، وأن شراء باطل وإن كان البائع حلالاً. وأما الجزاء فلإنما يكون على المحرم حتى لو كان البائع حلالاً والمشتري محرم لزم المشتري فقط، وعلى هذا كل تصرف فإن وهب صيداً فإن كانا محرمين لزم كل واحد جزاء، وإن كان أحدهما محرماً لزمه فقط ولو تبايعا صيداً في الحل ثم أحرم أحدهما ثم وجد المشتري به عيباً رجع بالنقصان وليس له الرد. وعلى هذا لو غصب حلال صيد حلال ثم أحرم الغاصب والصيد في يده لزمه إرساله وضمان قيمته للمغصوب منه، فلو لم يفعل ودفعه إلى المغصوب منه حتى برئ من الضمان له كان عليه الجزاء وقد أساء وهذا لغز؛ يقال غاصب يجب عليه عدم الرد بل إذا فعل يجب به الضمان. فلو أحرم المغصوب منه ثم دفعه إليه فعلى كل واحد منهما الجزاء.

قوله: (ومن أخرج ظبية الحرم فولدت فانا ضمنهما فإن أدى جزاءها فولدت لا يضمن الولد) لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقي مستحق إلا من شرعاً ولهذا وجب رده إلى مأمنه، وهذه صفة شرعية فتسري إلى الولد، فإن أدى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لأن بعد أداء الجزاء لم تبقى أمانة لأن وصول الخلف كوصول الأصل، ولهذا يملكها الذي أخرجها بعد أداء الجزاء، ولهذا لو ذبحها لم تكن ميتة لكنه مكروه - كذا قالوا - وقد بحث فيه المحقق في فتح القدير فقال: والذي يقتضيه النظر أن أداء الجزاء إن كان حال القدرة على إعادة مأمنها بالرد إلى المأمّن لا يقع كفارة ولا يحل بعده التعرض له بل حرمة التعرض إليها قائمة، وإن كان حال العجز عنه بأن هربت في الحل بعد ما أخرجها إليه خرج به عن عهدها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها وله أن يصطادها، وهذا لأن

والمثل معاً. ولم أر من نظم الجواب فنظمته بقولي:

هذا حلال باع صيداً محرماً فما حمى إحرامه وما رعى وأتلف الصيد المبيع جانباً مضمن القيمة والمثل معاً هـ. قلت: لكن فيه أن المبيع فاسداً يملكه المشتري بالقبض فالمالك هنا هو المشتري لا البائع قوله: (فلو لم يفعل ودفعه إلى المغصوب منه الخ) أقول: وجوب الجزاء في هذه الصورة مشكل لما مر عند قول المتن «ولو أخذ حلال صيداً فأحرم ضمن مرسله» من أنه قد أتلفه المرسل فيضمنه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته فإذا قطع يده عنه كان متعدياً هـ. فقوله

المتوجه قبل العجز عن تأمينها إنما هو خطاب الرد إلى المأمّن ولا يزال متوجّهاً ما كان قادراً لأن سقوط الأمر إنما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجه، فإذا عجز توجد خطاب الجزاء، وقد صرح بأن الأخذ ليس سبباً للضمان بل القتل بالنص فالتكفير قبله واقع قبل السبب فلا يقع إلا نفلًا، فإذا ماتت بعد أداء هذا الجزاء لزم الجزاء لأنه الآن تعلق خطاب الجزاء. هذا الذي أدين الله به وأقول: يكره اصطياها إذا أدى الجزاء بعد الهرب ثم ظفر بها بشبهة كون دوام العجز شرط إجزاء الكفارة إلا إذا اصطادها ليردها إلى الحرم أ هـ. وقد يقال: إنه لا يخلو إما أن يكون المخرج محرماً أو حلالاً، فإن كان محرماً فلا شك أن سبب الضمان قد وجد وهو التعرض للصيد فإن الآية وإن أفادت حرمة القتل أفادت السنة حرمة التعرض قتلاً أو غيره، ولهذا وجب الضمان بالدلالة وليست قتلاً وقد صرحوا كما قدمناه بأن المحرم إذا جرح صيداً فكفر ثم مات فإنه لا يلزمه كفارة أخرى لأنه أدى بعد السبب وليس قتلاً، وإن كان المخرج حلالاً فالنص الحديثي أفاد حرمة التنفير كما قدمناه بقوله «ولا ينفر صيدها» ولم يخص القتل. والمراد من التنفير التعرض له فإنه حرام كالقتل وإن كان لا يجب عليه بالدلالة شيء فإذا أخرجها فقد اتصل فعله بها فوجد سبب الضمان فجاز التكفير، فإذا أدى الجزاء ملكها ملكاً خبيثاً ولهذا قالوا: يكره أكلها. وهي عند إطلاقهم منصرفة إلى الكراهة التحريمية فدل أنه يجب ردها إلى الحرم بعد أداء الجزاء، ولو كان القتل عيناً سبباً للجزاء لم يجب الجزاء بإخراجها وعدم قدرته على ردها إلى الحرم بهربها، فالظاهر ما ذهب إليه أئمتنا. وأشار المصنف رحمه الله تعالى بحكم الزيادة المنفصلة إلى الزيادة المتصلة كالسمن والشعر فإن أخرج حلال ظبية الحرم فازدادت قيمتها من بدن أو شعر ثم ماتت، فإن لم يؤد جزاءها قبل موتها فالزيادة مضمونة، وإن أدى جزاءها قبل موتها فهي غير مضمونة لأنه انعدم أثر الفعل بالتكفير حتى لو أنشأ الفعل فيها لم يضمن. ولو أخرجها من الحرم فباعها أو ذبحها أو أكلها جاز البيع والأكل ويكره، وحكم الزيادة عند المشتري قبل التكفير وبعده على ما ذكرناه قبل الشراء. كذا في المحيط. وهو كما قدمناه يفيد أن الإخراج من الحرم لما كان سبباً للضمان كان سبباً للملك ولو لم يؤد الجزاء. والظبية الأنثى من الطباء والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

«والواجب عليه ترك التعرض الخ» صريح في أنه لا يلزمه إرساله من يده لإمكائه تخلّيته في بيته فهلا كان دفع الغاصب مثل تخلية المالك فليتأمل.

قوله: (ولو أخرجها من الحرم فباعها أو ذبحها الخ) تقدم عن النهر أنه ضعيف تأمل.

باب مجاوزة الميقات بغير إحرام

من جاوز الميقات بغير محرم ثم عاد محرماً ملبياً أو جاوز ثم أحرم بعمرة ثم أفسد وقضى

باب مجاوزة الميقات بغير إحرام

وصله بما قبله لأنه جناية أيضاً لكن ما سبق جناية بعد الإحرام وهذه قبله . والميقات مشترك بين الزمان والمكان بخلاف الوقت فإنه خاص بالزمان، والمراد به هنا الميقات المكاني بدليل المجاوزة، وقد قدمنا أنه لا يجوز مجاوزة آخر المواقيت إلا محرماً، فإذا جاوز بلا إحرام لزمه دم أحد النسكين إما حج أو عمرة لأن مجاوزة الميقات بنية دخول الحرم بمنزلة إيجاب الإحرام على نفسه. ولو قال «لله علي أن أحرم» لزمه إما حج أو عمرة، فكذا إذا وجب بالفعل كما إذا افتتح صلاة التطوع ثم أفسدها وجب عليه قضاء ركعتين كما لو أوجبها بالقول قوله: (من جاوز الميقات بغير محرم ثم عاد محرماً ملبياً أو جاوز ثم أحرم بعمرة ثم أفسد وقضى بطل الدم) أي من جاوز آخر المواقيت بغير إحرام ثم عاد إليه وهو محرم ولبي فيه فقد سقط عنه الدم الذي لزمه بالمجاوزة بغير إحرام لأن قد تدارك ما فات. أطلق الإحرام فشمّل إحرام الحج فرضاً كان أو نفلاً وإحرام العمرة. وأشار إلى أنه لو عاد بغير إحرام ثم أحرم منه فإنه يسقط الدم بالأولى لأنه أنشأ التلبية الواجبة عند ابتداء الإحرام، ولهذا كان السقوط متفقاً عليه. وقيد بكونه ملبياً في الميقات لأنه لو عاد محرماً ولم يلب في الميقات فإنه لا يسقط الدم عنه وهو قول الإمام لأنه لا يكون متداركاً لما فاته إلا بها، وعندهما يسقط الدم مطلقاً كما لو أحرم من ديرة أهله ومر بالمواقيت ساكتاً فإنه لا شيء عليه اتفاقاً. وجوابه أن الإحرام من ديرة أهله هو العزيمة وقد أتى به فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية. وأشار إلى أنه لو عاد محرماً ولم يلب فيه لكن لبي بعدما جاوز ثم رجع ومر به ساكتاً فإنه يسقط عنه بالأولى لأنه فوق الواجب عليه في تعظيم البيت. وأطلق في العود فشمّل ما إذا عاد إلى الميقات الذي جاوز بغير محرم أو إلى غيره أقرب أو أبعد لأن المواقيت كلها سواء في حق الإحرام، والأولى أن يحرم من وقته. كذا في المحيط. وقيدنا بكونه جاوز آخر المواقيت لما قدمناه في باب الإحرام أنه لا يجب إلا عند آخرها، ويجوز مجاوزة ميقاته بغير إحرام إذا كان بعده ميقات آخر. وترك المصنف قيداً لا بد منه وهو أن يكون العود إلى الميقات قبل الشروع في الأعمال، فلو عاد إليه بعد ما طاف شوطاً لا يسقط

باب مجاوزة الميقات بغير إحرام

قول المصنف: (من جاوز الميقات بغير محرم) قال في النهر: كان عليه أن يقول لزمه دم إلا أنه اكتفى بما فهم اقتضاء من قوله «بطل الدم».

قوله: (وما في الهداية من التقييد باستلام الحجر) أي حيث قال: لو عاد بعد ما ابتدأ الطواف

عنه الدم اتفاقاً، وكذا بعد الوقوف بعرفة من غير طواف لأن ما شرع فيه وقع معتداً به فلا يعود إلى حكم الابتداء بالعود إلى الميقات، وما في الهداية من التقييد باستلام الحجر مع الطواف فليس احترازياً بل الطواف يؤكد الدم من غير استلام كما نبه عليه في العناية، ولم يذكر المصنف أن العود أفضل أو تركه. وفي المحيط: إن خاف فوت الحج إذا عاد فإنه لا يعود ويمضي في إحرامه، وإن لم يخف فوته عاد لأن الحج فرض والإحرام من الميقات واجب وترك الواجب أهون من ترك الفرض اهـ. فاستفيد منه أنه لا تفصيل في العمرة وأنه يعود لأنها لا تفوت أصلاً. وبما قررناه علم أنه لا حاجة إلى قوله «أو جاوز ثم أحرم إلى آخره» لدخوله تحت قوله «ثم عاد محرماً ملبياً» لأنه لا فرق كما علمت بين إحرام الحج والعمرة أداء أو قضاء وإن كان أفردا لأجل أن زفر يخالف فيها فهو مخالف أيضاً فيما قبلها خصوصاً أنه موهم غير المراد فإنه لم يشترط العود إلى الميقات في القضاء ولا بد منه للسقوط. وقيد بالعمرة وليس احترازياً بل إذا فسد الحج ثم قضاها بأن عاد إلى الميقات فالحكم كذلك من سقوط الدم.

واستلم الحجر، وكذا في بعض نسخ الدرر. وفي بعضها «أو استلم» ب«أو» قال في الشرنبلالية بعد نقله عبارة المؤلف: فليحرم هل مجرد الاستلام مانع للسقوط أو لا بد فيه من الطواف اهـ. قلت: الذي يظهر من عبارة العناية عدم اعتبار الاستلام مانعاً وذلك أنه قال بعد تعليل المسألة: وظهر لك بما ذكر أن قوله «واستلم الحجر» لبيان أن المعتبر في ذلك الشوط اهـ. وحاصله أن ذكر الاستلام لإفادة أن المانع هو الشوط الكامل وليس احترازياً، وكيف يكون الاستلام بمجرد مانعاً مع أنه يكون أيضاً قبل الابتداء بالطواف تأمل. قال منلا علي القاري عند قول صاحب اللباب «وإن عاد بعد شروعه كان استلم الحجر»: الأولى كان نوى الطواف سواء استلمه أو لا، وسواء ابتدأ منه أو لا، بل الصواب أن يقال بأن نوى اهـ قوله: (وبما قررناه علم الخ) قرر في النهر كلام المتن بأن قوله «ثم أحرم بعمرة» يعلم منه ما إذا أحرم بحجة بالأولى. وقوله «ثم أفسد» أي تلك العمرة أو الحجة وقضى ما أفسده من الميقات بأن أحرم في القضاء منه وعزاه إلى الزيلعي ثم قال: وبه اندفع ما في البحر لأن موضوع الأولى ما إذا عاد بعد الإحرام إلى الميقات. وفيها لا فرق بين الحج والعمرة أداء وقضاء. والثانية ما إذا أنشأ إحرام القضاء من الميقات ولذا لم يقل «ثم عاد قاضياً» اهـ. ولا يخفى عليك إن أنصفت ما فيه لأن قوله «ثم عاد» ليس قيداً احترازياً عما إذا أنشأ الإحرام منه بل ليدخل فيه ذلك بالأولى كما مر، ولأن مسألة القضاء لا تختص بما إذا أنشأ الإحرام من الميقات بل كذلك ما إذا عاد محرماً ملبياً بالقضاء فلا فرق حينئذ بين القضاء والأداء، والمتون مبنية على الاختصار ولا شك أنه لو اقتصر على الأولى لشمّل أداء الحج فرضه ونقله والعمرة وقضاءها قوله: (بل إذا فسد الحج ثم قضاها بأن عاد إلى الميقات) كذا في بعض النسخ وفي غيرها: بل إذا فسد الحج ثم عاد بأن قضاها فالحكم الخ والأولى أظهر قوله: (والذي يظهر هو الأول الخ) قال في النهر: الظاهر أن وجود ذلك القصد

بطل الدم فلو دخل الكوفي البستان لحاجة له دخول مكة بلا إحرام ووقته البستان ومن دخل مكة بلا إحرام وجب عليه أحد النسكين ثم حج عما عليه صح عن دخول مكة

قوله: (فلو دخل كوفي البستان لحاجة له دخول مكة بغير إحرام ووقته البستان) لأنه لم يقصد أولاً دخول مكة وإنما قصد البستان فصار بمنزلة أهله حين دخله وللبستاني أن يدخل مكة بغير إحرام للحاجة فكذلك له. والمراد بقوله «وقته البستان» جميع الحل الذي بينه وبين الحرم قالوا: وهذه حيلة الآفاقي إذا أراد أن يدخل مكة بغير إحرام فينوي أن يدخل خليصاً مثلاً فله مجاوزة رابع الذي هو ميقات الشامي والمصري المحاذي للجحفة ولم أر أن هذا القصد لا بد منه حين خروجه من بيته أولاً، والذي يظهر هو الأول فإنه لا شك أن الآفاقي يريد دخول الحل الذي بين الميقات والحرم وليس ذلك كافياً فلا بد من وجود قصد مكان مخصوص من الحل الداخِل الميقات حين يخرج من بيته وإلا فالظاهر قول أبي يوسف أنه إذا نوى إقامة خمسة عشر يوماً في البستان فله دخول مكة بلا إحرام وإلا فلا، لكن ظاهر المذهب الإطلاق.

عند المجاوزة كافٍ ويدل على ذلك ما في البدائع بعد ما ذكر حكم المجاوزة بغير إحرام قال: هذا إذا جاوز أحد هذه المواقيت الخمسة يريد الحج أو العمرة أو دخول مكة أو الحرم بغير إحرام، فأما إذا لم يرد ذلك وإنما أراد أن يأتي بستان بني عامر أو غيره لحاجة فلا شيء عليه اهـ. فاعتبر الإرادة عند المجاوزة كما ترى اهـ. أقول: وظاهر ما في البدائع أن من أراد النسك يلزمه الإحرام وإن قصد دخول البستان لقوله «أما إذا لم يرد ذلك الخ» وكذا من يرد الحرم فلا تنفعه إرادة دخول البستان، ويؤخذ ذلك أيضاً من قوله في لباب المناسك: ومن جاوز وقته يقصد مكاناً في الحل ثم بدا له أن يدخل مكة فله أن يدخلها بغير إحرام. فقوله ثم بدا له «أي ظهر وحدث له يقتضي أنه لو أراد دخول مكة عند المجاوزة يلزمه الإحرام وإن أراد دخول البستان لأن دخول مكة لم يبدله وإنما هو مقصوده الأصلي، وحيثنذ يشكل قولهم «وهذه حيلة الآفاقي الخ». وقد أشار إلى هذا الإشكال في شرح اللباب ثم قال: والوجه في الجملة أن يقصد البستان قصداً أولاً ولا يضره دخول الحرم بعده قصداً ضمناً أو عارضياً كما إذا قصد مدني جدة لبيع وشراء أولاً ويكون في خاطره أنه إذا فرغ منه أن يدخل مكة ثانياً بخلاف من جاء من الهند بقصد الحج أولاً ويقصد دخول جدة تبعاً ولو قصد بيعاً وشراء اهـ. ولا تنس ما مر قبيل باب الإحرام أن من كان داخل المواقيت فميقاته الحل فلا يدخل الحرم عند قصد النسك إلا محرماً، وعليه فمن قصد البستان قصداً أولاً ثم أراد النسك لا يحل له دخول مكة بلا إحرام. وانظر ما كتبناه هناك عن الشيخ قطب الدين قول المصنف: (ثم حج عما عليه في عامه) ذلك عبارة الدرر وصح منه لو خرج في عامه ذلك إلى الميقات وأحرم وحج عما عليه في ذلك العام. قال في الشرنبلالية: كذا قيد الخروج إلى الميقات من عامه في الهداية. وفي البدائع ما يقتضي عدم تقييده بالخروج إلى الميقات كما نقله الكمال بقوله: فإن أقام بمكة حتى تحولت السنة

بلا إحرام وإن تحولت السنة لا .

٥ قوله : (ومن دخل مكة بلا إحرام ثم حج عما عليه في عامة ذلك صح عن دخول مكة بلا إحرام وإن تحولت السنة لا) لأنه تلافى التروك في وقته لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام كما إذا أتاها بحجة الإسلام في الابتداء بخلاف ما إذا تحولت السنة لأنه صار ديناً في ذمته فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الاعتكاف المندور فإنه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني . فإن قلت : سلمنا أن الحجة بتحول السنة تصير ديناً ولكن لا نسلم أن العمرة تصير ديناً لأنها غير مؤقتة قلت : لا شك أن العمرة يكره تركها إلى آخر أيام النحر والتشريق فإذا أخرها إلى وقت يكره صار كالمفوت لها فصارت ديناً . كذا في غاية البيان . وفي فتح القدير : ولقائل أن يقول لافرق بين سنة المجاوزة وسنة أخرى فإن مقتضى الدليل إذا دخلها بلا إحرام ليس إلا وجوب الإحرام بأحد النسكين فقط ففي أي وقت فعل ذلك يقع أداء إذ الدليل لم يوجب ذلك في سنة معينة ليصير بفواتها ديناً يقضى ، فهما أحرم من الميقات بنسك عليه تأدى هذا الواجب في ضمنه ، وعلى هذا إذا تكرر الدخول بلا إحرام منه ينبغي أن لا يحتاج إلى التعيين وإن كانت أسباباً متعددة الأشخاص دون النوع كما قلنا فيمن عليه يومان من رمضان ينوي مجرد قضاء ما عليه ولم يعين الأول ولا غيره جاز ، وكذا لو كانا من رمضانين على الأصح ، وكذا نقول إذا رجع مراراً فأحرم كل مرة بنسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج عن عهده ما عليه اهـ . يشير إلى رد ما ذكره الأسبيجاني من أنه لو جاوز الميقات قاصداً مكة بلا إحرام مراراً فإنه يجب عليه لكل مرة إما حجة أو عمرة ، ولو خرج من عامة ذلك إلى الميقات فأحرم بحجة الإسلام أو غيرها فإنه يسقط عنه ما وجب عنه لأجل المجاوزة الأخيرة ولا يسقط عنه ما وجب لأجل مجاوزته قبلها لأن الواجب قبل الأخيرة صار ديناً فلا يسقط إلا بتعيين النية اهـ . وأطلق المصنف الحج فشمّل حجة الإسلام والحجة المندورة ويلحق به العمرة المندورة ، فلو قال ثم أحرم عما عليه في عامة ذلك لكان أولى ليشمل كل إحرام واجب حجاً أو عمرة ، أداء أو قضاء أو في المحيط : وإذا جاوز العبد

ثم أحرم يريد قضاء ما وجب عليه بدخول مكة بغير إحرام أجزاءه في ذلك ميقات أهل مكة في الحج بالحرم وبالعمره بالحل لأنه لما أقام بمكة صار في حكم أهلها فيجزئه إحرامه من ميقاتهم اهـ . وتعليله يقتضي أن لا حاجة إلى تقييده بتحويل السنة اهـ . ولو خرج وأهل من ميقات أقرب مما جاوزه أجزاءه كما في الفتح عن المبسوط ، ثم التقييد بخروجه إلى الميقات يسقط الدم الذي لزمه بمجاوزة الميقات غير محرم بالإحرام منه كما تقدم ، فإذا أحرم من داخل الميقات لا يسقط عنه دم المجاوزة لأن المقرر عليه أمران : دم المجاوزة ولزوم نسك بدخول مكة بلا إحرام ، وقد علمت حكم كل فليتنبه اهـ قوله : (يشير إلى رد ما ذكره الأسبيجاني الخ) ظاهره اختيار ما بحثه في الفتح مع أنه غير المنقول قوله : (ثم أذن له مولاه أن يحرم فأحرم) أي من مكة . وقوله «لزمه دم الوقت» أي لزمه

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

مكي طاف شوطاً لعمرة فأحرم بحج رفضه وعليه حج وعمرة ودم لرفضه فلو

الميقات بغير إحرام ثم أذن له مولاه أن يحرم فأحرم لزمه دم الوقت إذا أعتق لأنه من أهل الإحرام فلزمه الإحرام من الميقات، وأما الكافر إذا دخل مكة بغير إحرام ثم أسلم فإنه لا يلزمه شيء كالصبي إذا جاوزه بغير إحرام ثم بلغ لعدم أهلية الوجوب. ثم اعلم أنه لا خصوصية للآفاقي في وجوب الدم بترك الإحرام من الميقات، بل المكي كذلك حتى لو أحرم المكي بالعمرة من الحرم فإنه يلزمه دم كما صرح به في المحيط، وكذا لو أحرم المكي من الحل بالحج فإنه يلزمه دم، وتتأتى التفاريح المتقدمة في الآفاقي من عوده محرماً ملبياً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

لما كان ذلك جنابة في بعض الصور أو رده عقيب الجنائيات قوله: (مكي طاف شوطاً لعمرة فأحرم بحج رفضه وعليه حج وعمرة ودم لرفضه فلو مضى عليهما صح وعليه دم) بيان لحكم الجمع بين الحج والعمرة من المكي فإنه كما قدمناه منهي عن الجمع بينهما، فإذا أدخل إحرام الحج على إحرام العمرة بعد الشروع فيها فقد ارتكب المنهي فوجب عليه الخروج عنه

دم لمجاوزة الميقات إذا أعتق أي يؤاخذ به بعد العتق قوله: (لا خصوصية للآفاقي النخ) يشير إلى حسن تعبیر المصنف بقوله: ومن جاوز الميقات الشامل للآفاقي وغيره فهو أحسن مما في الدرر وغيرها قوله: (بل المكي كذلك) وكذا المتمتع إذا فرغ من العمرة لأنه بمنزلة. قال في الهداية: وإذا خرج المكي يريد الحج فأحرم ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لأن وقته الحرم وقد جاوزه بغير إحرام فإذا عاد إلى الحرم ولبي أو لم يلب فهو على الخلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع إذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فأحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم لأنه لما دخل مكة وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكي وإحرام المكي من الحرم فيلزمه الدم بتأخيره عنه، فإن رجع إلى الحرم وأهل فيه قبل أن يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي ١ هـ. وفي الفتح: لم أر تقييد مسألة المتمتع بما إذا خرج على قصد الحج، وينبغي أن يقيد به وأنه لو خرج لحاجة إلى الحل ثم أحرم بالحج منه لا يجب عليه شيء كالمكي ويسقط الدم بالعود إلى ميقاته على ما عرف.

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

قوله: (لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما النخ) قال في النهر: هذا يؤيد قول من قال إن نفي التمتع والقران معناه نفي الحل كما مر قول المصنف: (ومن أحرم بحج ثم بأخر) اعلم أن الجميع بين

فقالا: رفض العمرة أولى لأنها أدنى حالاً وأقل أعمالاً وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة. وقال الإمام الأعظم: رفض الحج أولى. ولهذا قال في المختصر «رفضه» أي الحج لأن إحرام العمرة قد تأكد بأداء شيء من أعمالها وإحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد أيسر، ولأن في رفض العمرة والحالة هذه إبطال العمل وفي رفض الحج امتناعاً عنه. قيد بالمكي لأن الآفاقي إذا أحرم بالحج بعد فعل أقل أشواط العمرة كان قارناً بلا إساءة كما لو لم يطف أصلاً وإن كان بعد فعل الأكثر كان متمتعاً إن كان في أشهر الحج. وقيد بالشوط وأراد به أقل الأشواط ولو ثلاثة لأنه لو أتى بالأكثر ففي الهداية وشروحها أنه يرفض الحج بلا خلاف لأن للأكثر حكم الكل فيتعذر رفضها. وفي المبسوط: إنه لا يرفض واحداً منهما كما لو فرغ منها وعليه دم لمكان النقص بالجمع بينهما فلذا لا يأكل منه، وجعله الأسبيجاني ظاهر الرواية، ونقل عن أبي يوسف أن رفض الحج أفضل واختاره الفقيه أبو الليث وقاضيان في فتاواه ثم قال: ويمضي في عمرته ثم يقضي الحجة من عامة ذلك إن بقي وقته اهـ. ولم يذكر في ظاهر الرواية أنه إذا رفض الحج يلزمه دم وقضاء عمرة مع الحج كما أوجبه أبو حنيفة فيما لو طاف الأقل. كذا ذكره الأسبيجاني. ولو لم يطف للعمرة أصلاً فإنه يرفضها اتفاقاً ويقضيها وعليه دم لرفضها كما لو قرن المكي فإنه يرفض العمرة ويمضي في الحج. وأطلق في الطواف فشمّل ما إذا كان في أشهر الحج أو لا كما في المبسوط، وأشار إلى أنه لو أحرم أولاً بالحج وطاف له شوطاً ثم أحرم بالعمرة فإنه يرفضها اتفاقاً ويقضيها وعليه دم لرفضها كما لو لم يطف، وسيأتي أنه إن مضى عليهما وجب عليه دم. وقد ظهر بما قرناه أولاً أن رفض الحج في مسألة الكتاب إنما هو مستحب وليس بواجب حتى إذا رفض العمرة صح، ولهذا قال في الهداية: وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لأنه تحلل قبل أوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير، وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لأنه في معنى فائت الحج اهـ. ولم يذكر بماذا يكون رافضاً وينبغي أن يكون الرفض بالفعل بأن يخلق مثلاً بعد الفراغ من أعمال العمرة، ولا يكتفى بالقول أو بالنية لأنه جعله في الهداية تحللاً وهو لا يكون إلا بفعل شيء من محظورات الإحرام. وقال الولوالجي في فتاواه: وتحليل الرجل لامرأته أن ينهها ويصنع بها أدنى ما يحرم عليه بالإحرام ولا يكون التحليل بالنهي ولا بقوله قد حللتك لأن التحليل شرع بالفعل دون القول اهـ. بخلاف ما إذا أحرم بحجتين فإن رفض أحدهما بشروعه في الأعمال على ظاهر الرواية كما سيأتي من غير تحليل لأنه لا يمكن المضي فيهما وهنا يمكن المضي فيهما فإنه إن مضى عليهما أجزاءه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهي عنه والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا، وعليه دم لجمعه بينهما لأنه تمكن النقص في عمله لارتكابه المنهي عنه، وهو في حق المكي دم جبر، وفي حق الآفاقي دم شكر. وأطلق في قوله «وعليه حجة وعمرة ودم» وهو كذلك

مضى عليهما صبح وعليه دم ومن أحرم بحج ثم بآخر يوم النحر فإن حلق في الأول

في وجوب الدم، وأما في وجوب العمرة فمقيد بما إذا لم يحج من سنته، أما إذا حج من سنته فلا عمرة عليه لأن وجوب العمرة مع الحج إنما هو لكونه في معنى فائت الحج، وإذا حج من سنته فليس في معناه كالمحصر إذا تحلل ثم حج في تلك السنة لا تجب العمرة عليه بخلاف ما إذا تحولت السنة. ووقع في نسخة الزيلعي الشارح أنه أبدل العمرة بالدم فقال: إذا حج من سنته ينبغي أن لا يجب عليه الدم. وهو سبق قلم كما لا يخفى. والرفض الترك وهو من بابي طلب وضرب. كذا في المغرب.

قوله: (ومن أحرم بحج ثم بآخر يوم النحر فإن حلق في الأول لزمه الآخر ولا دم وإلا لزم وعليه دم قصر أو لا ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بأخرى لزمه دم) بيان للجمع بين إحرامين لشئتين متحدين، وصرح في الهداية بأنه بدعة، وإفراط في غاية البيان فقال: إن الجمع بين الإحرامين لحجتين أو لعمرتين حرام لأنه بدعة اهـ. وهو سهو لما في المحيط: والجمع بين إحرامي الحج لا يكره في ظاهر الرواية لأن في العمرة إنما كره الجمع بين الإحرامين لأنه يصير جامعاً بينهما في الفعل لأنه يؤديهما في سنة واحدة، وفي الحج لا يصير جامعاً بينهما في الأداء في سنة واحدة فلا يكره اهـ. فإذا أحرم بحجة ووقف بعرفات ثم أحرم بأخرى يوم النحر فإن الثانية تلزمه مطلقاً لإمكان الأداء لأن الإحرام الثاني إنما يرتفع لتعذر الأداء ولا تعذر هنا في الأداء لأن إحرامه انصرف إلى حجة في السنة القابلة، فإن كان الإحرام الثاني بعد الحلق للأول فلا دم عليه لأنه أحرم بالثانية بعد التحلل من الأولى فلم يكن جامعاً، وإن كان قبل الحلق لزمه دم عند أبي حنيفة مطلقاً لأنه إن حلق للأولى فقد جنى على إحرام الثانية، وإن كان نسكاً في إحرام الأولى وإن لم يخلق فقد أخر النسك عن وقته وهما يخصان الوجوب بما إذا حلق لأنهما لا يوجبان بالتأخير شيئاً. وبهذا علم أن المراد بالتقصير في قوله «قصر أولاً» الحلق وإنما اختاره اتباعاً للجامع الصغير كما في غاية البيان، أو ليصير الحكم جارياً في المرأة لأن التقصير عام في الرجل والمرأة كما في

إحرامي حجتين فصاعداً إما أن يكوناً معاً أو على التعاقب أو على التراخي، وعلى الثالث إما أن يكون بعد الحلق للأول أو قبله، وإذا كان قبله فإما أن يفوته الحج من عامه أو لا قوله: (وهو سهو) قال في النهر: ليس من السهو في شيء بل مبني على رواية الأصل اهـ. أي رواية عدم الفرق بين الحجتين والعمرتين كما يأتي، وكيف يكون سهواً وقد قال في التتارخانية: الجمع بين إحرام الحج والعمرة بدعة. وفي الجامع الصغير العتابي: حرام لأنه من أكبر الكبائر. هكذا روي عن النبي ﷺ اهـ. قوله: (فإن الثانية تلزمه مطلقاً) أي سواء أحرم للثانية قبل الحلق أو بعده قوله: (وإن كان قبل الحلق النخ) قال في الباب: وإن كان قبل الحلق عليه دم الجمع وهو دم جبر ويلزمه دم آخر، سواء حلق للأول بعد الإحرام للثاني أو لا، ولو حلق بعد أيام النحر فعليه دم ثالث اهـ. ولزوم دم الجمع مبني على إحدى الروايتين كما سينبه عليه المؤلف قريباً قوله: (لزمه دم عند أبي حنيفة مطلقاً) أي

العناية. وإنما لزم الدم فيما إذا أحرم بعمره بعد أفعال الأولى قبل الحلق لأنه جمع بينهما، وقد تقدم أنه مكروه في العمرتين دون الحجنتين فلذا فرق في المختصر بين الحج والعمره فأوجب في العمره دمًا للجمع بين العمرتين ولم يوجب في الحج لأنه لو أوجبه لأوجب دمين فيما إذا أحرم بالثاني قبل الحلق للأول دم لما ذكرناه سبقاً ودم للجمع، وبه قال بعض المشايخ اتباعاً لرواية الأصل، وما في المختصر اتباع للجامع الصغير فإنه أوجب دمًا واحداً للحج، وقد علمت فيما سبق عن المحيط أن الفرق بينهما ظاهر الرواية، وتعقبه في فتح القدير بأنه لا يتم لأن كونه يتمكن من أداء العمره الثانية لا يوجب الجمع فعلاً فاستويا، فالأوجه أنه ليس فيه إلا رواية الوجوب اهـ. وقيد بكونه أحرم للثاني يوم النحر لأنه لو أحرم بالثاني بعرفات ليلاً أو نهاراً رفض الثانية وعليه دم للرفض، وعمره وحجة من قابل عندهما لأنه كفائت الحج، وعند محمد لا يصح التزامه الثانية. ثم عند أبي يوسف ارتفض كما انعقد، وعند أبي حنيفة ارتفض بوقوفه بعرفة. كذا في المحيط وهو ظاهر فيما إذا أحرم بالثاني يوم عرفة أو ليلة النحر ولم يكن وقف نهاراً، وأما إذا أحرم ليلة النحر بعدما وقف نهاراً فينبغي أن يرتفض عند أبي حنيفة بالوقوف بالمزدلفة لا بعرفة لأنه سابق وسبب الترك إنما يكون متأخراً. وقيد بتراخي إحرام الثاني عن الأول لأنه إن أحرم بهما معاً أو على التعاقب لزماء عندهما، وعند محمد في المعية يلزمه إحداهما وفي التعاقب الأول فقط، وإذا لزماء عندهما ارتفضت إحداهما وثبت حكم الرفض. واختلفا في وقت الرفض، فعند أبي يوسف عقب صيرورته محرماً بلا مهلة، وعند أبي حنيفة إذا شرع في الأعمال، وقيل إذا توجه سائراً، ونص في

سواء حلق بعد ذلك أو لا قوله: (وهما يخصان الوجوب بما إذا حلق) انظر هذا مع ما في النهر من أن لزوم الحج الآخر عندهما. وقال محمد: لا يصح. ثم رأيت في العناية قال: لكن يرد عليه شيء وهو أن المذكور من مذهب محمد في هذا الأصل أنه إذا جمع بين إحرامين إنما يلزمه أحدهما وهو المروي عن الإمام التمرتاشي والفوائد الظهيرية، وحينئذ ينبغي أن لا يلزمه دم وإن قصر لعدم لزوم الآخر، فإما أن يكون سهواً في نقل مذهب محمد ومذهبه كمذهبن، وإما أن يكون عنه في ذلك روايتان اهـ. والله الحمد والمنة قوله: (فإنه أوجب دمًا واحداً للحج) قال في المعراج وفي الكافي: قيل لا خلاف بين الروائين لأنه سكت في الجامع عن إيجاب الدم بسبب الجمع وما نفاه. وقيل: بل فيه روايتان كما ذكر في جامع الكشاني اهـ. واستوجه في الفتح القول الأول كما يأتي. وفي العناية: وهذه المسألة أيضاً تدل على أن مذهب محمد في لزوم الإحرامين كمذهبهما وإلا لما لزم عنده شيء لأن الجمع غير متحقق لعدم لزوم أحدهما إلا إذا أراد بالجمع إدخال الإحرام على الإحرام وإن لم يلزم إلا أحدهما فيستقيم قوله: (وقد علمت الخ) فيه أن الأصل أيضاً من كتب ظاهر الرواية قوله: (فينبغي أن يرتفض عند أبي حنيفة بالوقوف بالمزدلفة) قال في النهر: لكن قياس ظاهر الرواية أي الآتي عن المبسوط أن يبطل بالمسير إليها قوله: (ودم عند أبي يوسف) أي للجنابة سوى دم الرفض قوله: (لزمه عمرتان وحجتان) عزاه في شرح اللباب إلى منسك الفارسي والطرابلسي والبحر العميق

لزمه الآخر ولا دم والإلزام وعليه دم قصر أو لا ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بأخرى لزمه دم ومن أحرم بحج ثم بعمرة ثم وقف بعرفات فقد رفض عمرته

المبسوط على أنه ظاهر الرواية لأنه لا تنافي بين الإحرامين وإنما التنافي بين الأداءين . وثمرة الاختلاف فيما إذا جنى قبل الشروع فعليه دمان للجناية على إحرامين ، ولو قتل صيداً لزمه قيمتان ودم عند أبي يوسف لارتفاع إحداها قبلها ، وإذا رفض إحداها لزمه دم للرفض ويمضي في الأخرى ويقضي حجة وعمرة لأجل التي رفضها . وإذا أحضر قبل أن يصير إلى مكة بعث بهدين عند الإمام ، وبواحد عندهما ، أما عند أبي يوسف فلأنه صار رافضاً لإحداها ، وأما عند محمد فلأنه لم يلزمه إلا أحدهما ، فإذا لم يحج في تلك السنة لزمه عمرتان وحجتان لأنه فاتته حجتان في هذه السنة . وقيد بكون إحرام العمرة الثانية بعد الفراغ من العمرة الأولى إلا التقصير لأنه لو كان بعد التقصير فلا شيء عليه ، وإن كانا معاً أو على التعاقب فالحكم كما تقدم في الحجتين من لزومهما عندهما خلافاً لمحمد ، ومن ارتفاع أحدهما بالشروع في عمل الأخرى عند الإمام خلافاً لأبي يوسف وجوب القضاء ودم للرفض وإن كان قبل الفراغ بعد ما طاف للأولى شوطاً رفض الثانية وعليه دم الرفض والقضاء ، وكذا لو طاف الكل قبل أن يسعى ؛ فإن كان فرغ إلا الحلق لم يرفض شيئاً وعليه دم الجمع وهي مسألة المختصر ، فإن حلق للأولى لزمه دم آخر للجناية على الثانية ، ولو كان جامع في الأول قبل أن يطوف فأفسدها ثم أدخل الثانية يرفضها ويمضي في الأولى حتى يتمها لأن الفاسد معتبر بالصحيح في وجوب الإتمام . وإن نوى رفض الأولى والعمل في الثانية لم يكن عليه إلا الأولى ، ومن أحرم لا ينوي شيئاً فطاف ثلاثة فأقل ثم أهل بعمرة رفضها لأن الأولى تعينت عمرة حين أخذ في الطواف فحين أهل بعمرة أخرى صار جامعاً بين عمرتين فلهذا يرفض الثانية .

قوله : (ومن أحرم يحج ثم بعمرة ثم وقف بعرفات فقد رفض عمرته وإن توجه إليها لا) أي لا يصير رافضاً لأنه يصير قارناً بالجمع بين الحج والعمرة لأنه مشروع في حق الآفاقي والكلام فيه لكنه مسيء بتقديم إحرام الحج على إحرام العمرة كما قدمناه في بابه ، وقد تعذر عليه أداء العمرة بالوقوف إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة ، وقد تقدم الفرق بين الوقوف والتوجه . وإنما قلنا إن العمرة تحتمل الرفض لما روي عن عائشة قالت : خرجنا مع رسول الله ﷺ إلى أن قال لها النبي ﷺ : وامشطي رأسك وارفضي عمرتك . والمراد بقوله «ثم

ثم قال : وقال المصنف هكذا أطلقوه وليس بمطلق بل إن كان عدم حجه من عامه لفوات فعليه عمرة واحدة في القضاء لأجل الذي رفضه وليس عليه للفائت عمرة لأنه قد تحلل بأفعال العمرة وإن كان عدم الحج لإحصاره فعليه عمرتان في القضاء لخروجه من الإحرامين بلا فعل اهـ . وهو تحقيق حسن كما لا يخفى اهـ .

قوله : (كما اختاره شمس الأئمة) وكذا قاضيخان والإمام المحبوبي كما في الشرنبلالية قوله :

وإن توجه إليها لا فلو طاف للحج ثم أحرم بعمره ومضى عليهما يجب دم وندب رفضها وإن أهل بعمره يوم النحر لزمته ولزمه الرفض والدم والقضاء فإن مضى عليها صح ويجب دم ومن فاته الحج فأحرم بعمره أو حجة رفضها والله أعلم.

بعمره» أنه أحرم بالعمره ولم يأت بأكثر أشواطها حتى وقف بعرفات فالإتيان بالأقل كالعدم قوله: (فلو طاف للحج ثم أحرم بعمره ومضى عليهما يجب دم) يعني لجمعه بينهما لأن الجمع بينهما مشروع فصح الإحرام بهما، وأراد بهذا الطواف طواف القدوم وهو سنة فإن لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمره ثم بأفعال الحج، فلهذا لو مضى عليهما جاز ولزمه دم للجمع وهو دم كفارة وجبر حتى لا يأكل منه لأنه خالف السنة في هذا الجمع، وصححه في الهداية. وقول المصنف: (وتدب رفضها) أي العمره يدل على أنه دم شكر وهو دم القرآن كما اختاره شمس الأئمة السرخسي، فإن محمداً قال في الجامع الصغير: وأحب إلي أن يرفض العمره. فدل على أنه دم شكر فإنه لم يبين أفعال العمره على أفعال الحج لأن ما أتى به إنما هو سنة فيمكنه بناء أفعال الحج على أفعال العمره فلا موجب للجبر. واختاره في فتح القدير وقواه بأن طواف القدوم ليس من سنن نفس الحج بل هو سنة قدوم المسجد الحرام كركعتي التحية لغيره من المساجد، ولذا سقط بطواف آخر من مشروعات الوقت وأطال الكلام فيه. قيد بالطواف بأنه لو لم يطف لم يستحب رفضها فإذا رفضها يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها قوله: (وإن أهل بعمره يوم النحر لزمته ولزمه الرفض والدم والقضاء) لصحة الشروع مع الكراهة التحريمية فلزمت للأول ولزم الترك تخلصاً من الإثم، وإن رفضها لزمه دم للتحلل منها بغير أفعالها، ووجب القضاء لأنه ثمرة اللزوم. وأراد بيوم النحر اليوم الذي تكره العمره فيه وهو يوم النحر وأيام التشريق، وأطلقه فشمل ما إذا كان قبل الحلق أو بعده قبل طواف الزيارة أو بعده، واختاره في الهداية وصححه الشارح لأنه بعد الحلق والطواف بقي عليه من واجبات الحج كالرمي وطواف الصدر وسنة المبيت، وقد كرهت العمره في هذه الأيام أيضاً فيصير بانياً أفعال العمره على أفعال الحج بلا ريب وهو مكروه قوله: (فإن مضى عليها صح ويجب دم) لأن الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولاً بأداء بقية أفعال الحج في هذه الأيام فيجب تخليص الوقت له تعظيماً وهو لا يعدم المشروعية لكن يلزمه الدم كفارة للجمع بين الإحرامين أو للجمع بين الأفعال الباقية فهو دم جبر لا يؤكل منه كالأول قوله: (ومن فاته الحج فأحرم بعمره أو حجة رفضها) لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمره من غير أن ينقلب إحرامه

(فيصير جامعاً بينا العمرتين الخ) راجع إلى قوله «وأحرم بعمره». وقوله «أو جامعاً بين حجتين»

راجع إلى قوله «أو حجة».

باب الإحصار

لمن أحصر بعدو أو مرض أن يبعث شاة تذبح عنه فيتحلل ولو قارنا بعث دمين

إحرام العمرة فيصير جامعاً بين العمرتين من حيث الأفعال فلزمه الرفض كما لو أحرم بهما أو جامعاً بين حجتين إحراماً فعليه أن يرفض الثانية كما لو أحرم بحجتين ولزمه القضاء لصحة الشروع ودم للرفض بالتحلل قبل أوأانه، وقد شبهوا فائت الحج بالمسبوق فإنه مقتد تحريمة حتى لا يجوز اقتداء الغير به، ومنفرد أداء حتى تلزمه القراءة والله تعالى أعلم.

باب الإحصار

هو والفوات من العوارض النادرة فأخرهما وقدم الإحصار لأنه وقع له عليه السلام دون الفوات. واختلف في معناه اللغوي؛ فقليل الإحصار للمرض والحصر للعدو وعليه فقله تعالى ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] لبيان حكم المرض وألحق به الحصر بالعدو دلالة بالأولى لأن منع العدو حسي لا يتمكن معه من المضي بخلافه مع المرض إذ يمكن بالمحمل والمركب. والأكثر على أن الإحصار هو المنع، سواء كان من خوف أو مرض أو عجز أو عدو، واختاره في الكشف. وفي المغرب: الحصر المنع من باب طلب يقال أحصر الحاج إذا منعه خوف أو مرض من الوصول لإتمام حجته أو عمرته، وإذا منعه سلطان أو مانع قاهر في حبس أو مدينة قيل حصر. هذا هو المشهور. وفي الشريعة هو منع الوقوف والطواف. قوله: (لمن أحصر بعدو أو مرض أن يبعث شاة تذبح عنه فيتحلل) لما تلونا من الآية. وأفاد بذكر اللام دون «على» أنه لو صبر ورجع إلى أهله بغير تحلل إلى أن يزول الخوف فإنه جائز، فإن أدرك الحج وإلا تحلل بالعمرة، فالتحلل بذبح الهدي إنما هو للضرورة حتى لا يمتد إحرامه فيشق عليه كما ذكره الشارح، فما وقع في المبسوط من التعبير بـ«على» في غير محله. وأشار بذكر العدو والمرضى إلى كل منع فيكون محصراً بهلاك النفقة وموت محرم المرأة أو زوجها في الطريق. وشرط في التجنيس عدم القدرة على المشي فيما إذا سرت النفقة فإن قدر عليه فليس بمحصر. وعلمه في المبسوط بأنه لا يبعد أن لا يلزمه المشي في الابتداء ويلزمه بعد الشروع كما لا تلزمه حجة التطوع ابتداء ويلزمه الإتمام إذا شرع فيها.

باب الإحصار

قوله: (وفي الشريعة هو منع الوقوف والطواف) قال في النهر: لا يشمل الإحصار من العمرة وسيأتي أنه يتحقق فيزداد فيه أو الطواف والسعي هـ. أي يأتي في قول المتن «وعلى المعتمر» أي إذا أحصر عمرة لكن سيأتي أن السعي واجب في العمرة لا ركن فلا حاجة إلى ذكره فلم يبق لها ركن

وجعل في المحيط ما في التجنيس قول محمد. وقال أبو يوسف: إن قدر على المشي في الحال وخاف أن يعجز جاز له التحلل، ومن الإحصار ما إذا أحرمت المرأة بغير زوج أو محرم فلا تحل إلا بالدم لأن المنع الشرعي أكد من المنع الحسي، ومنه ما إذا أحرمت للتطوع بغير إذن الزوج لكن للزوج أن يحللها بغير الهدي بأن يصنع بها أدنى ما يحرم على المحرم كقص ظفر. واختلفوا في كراهة تحليلها بالجماع وذكر القولين في المحيط من غير ترجيح، وينبغي ترجيح الكراهة لتصريحهم بالكراهة في إجازة نكاح الفضولي بالجماع ودأويه وعليه هدي الإحصار وقضاء حجة وعمرة إن لم تحج في هذه السنة وإلا فالحج كافٍ، ولا تحتاج إلى نية القضاء لأنه لزمها حجة هذه السنة وأنها متعينة فلا تفتقر إلى النية المتعينة. ومنه ما إذا أحرم العبد بغير إذن مولاه وللمولى أن يحلله بغير هدي وعلى العبد هدي وقضاء حجة وعمرة بعد العتق، وإن أحرم بإذنه كره له أن يحلله وصح لأن اللزوم لم يظهر في حق السيد لأن منافعه مملوكة للسيد وبالإذن صار معييراً منافعه وللمعير أن يسترد ما أعار بخلاف المنكوحة إذا أحرمت بإذن الزوج فإنه ليس له أن يحللها لأن منافعها مملوكة لها حقيقة، وإنما للزوج فيها حق وقد أسقط حقه بالإذن، وأما إذا أحرم العبد بأذن المولى ثم أحصر بعد أو مرض اختلفوا؛ فاختار في المحيط وفتاوى قاضيخان أنه لا يجب دم الإحصار على المولى وإنما يجب على العبد بعد الإعتاق. واختار الأسيبجاوي وجوبه على المولى بمنزلة النفقة، وذكر القولين في معراج الدراية، وينبغي ترجيح الأول لما أنه عارض لم يلتزمه المولى بخلاف النفقة. وإنما كان الواجب الشاة لأن المنصوص عليه هو ما استيسر من الهدي وأدناه شاة، وليس المراد به بعث الشاة بعينها لأن

إلا الطواف، ولا يبعد أن يقال ذكر الطواف في كلام المغرب شامل لطواف الحج والعمرة تأمل قوله: (وجعل في المحيط ما في التجنيس قول محمد الخ) قيل: الظاهر أنه لا خلاف بين الصاحبين فإن قول محمد محمول على ما إذا لم يخف العجز، والمراد بالخوف غلبة الظن كما سبق له نظائر فهذا القيد متفق عليه والله تعالى أعلم بالصواب قوله: (ومن الإحصار الخ) يشير إلى أنه داخل في كلام المصنف لما قدمه من أنه ليس المراد خصوص العدو والمرض بل كل منع فغيرهما داخل فيه بطريق دلالة المساواة، أو الأولوية كما هنا كما يشير إليه قريباً. وفي النهر يمكن إدخاله في قوله بعد وبأن يراد القاهر إلا أن الظاهر أن كلامه في محصر يتوقف تحلله على الهدي كما سيأتي، وتحلل هؤلاء لا يتوقف عليه ١ هـ. وهذا لا يجري في مسألتنا بل في المسألتين بعدها. قال في اللباب المرأة إذا أحرمت بحج نفل ولو بإذن زوج أو المملوك ولو بإذن المولى فحللها فعليهما الهدي ولكن لا يتوقف تحللها على ذبح الهدي بل يحلان في الحال إذا فعل أدنى شيء من المحظورات كقص ظفر بأمر الزوج أو المولى، أما إذا أحرمت المرأة بحجة الإسلام ولا محرم لها ومنعها زوجها أو مات زوجها أو محرمها في الطريق وهي محرمة ولو بحج تطوع فإنها لا تحل إلا بذبح الهدي في الحرم، وإن حللها زوجها لا تتحلل إلا بالهدي في حج الفرض ١ هـ. وتماه في شرحه قوله: (وأدناه شاة) قال في اللباب: وتجاوز البدنة عن

ذلك قد يتعذر بل له أن يبعث بقيمتها حتى يشتري بها شاة فتذبح في الحرم. وأفاد باقتصاره على بعث الشاة أنه لو لم يجد ما يذبح لا يقوم الصوم أو الإطعام مقامه بل يبقى محرماً إلى أن يجد أو يطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحلق كما في الخاتمة وغيرها. وأفاد بالفاء التي للتعقيب في قوله «فيتحلل» إلى أنه لا يتحلل إلا بالذبح ولهذا قالوا: إنه يواعد من يبعثه بأن يذبحها في يوم معين، فلو ظن أنه ذبح هديه ففعل ما يفعله الحلال ثم ظهر أنه لم يذبح كان عليه ما على الذي ارتكب محظورات إحرامه لبقاء إحرامه. كذا في النهاية. وأفاد بذكر التحلل بعد الذبح إلى أنه لا حلق عليه ولا تقصير وهو قول أبي حنيفة ومحمد وإن حلق فحسن. وقال أبو يوسف: عليه أن يحلق وإن لم يحلق فلا شيء عليه. وأطلقه في الهداية فشمّل ما إذا أحصر في الحل أو الحرم، وقيد المصنف في الكافي بما إذا أحصر في الحل، أما إذا أحصر في الحرم فيحلق اتفاقاً. وينبغي أن لا خلاف فإنهما قالاً بأنه حسن، وهو قال باستحبابه ولم يقل بوجوبه بدليل أنه قال: وإن لم يفعل فلا شيء عليه كما في الخبازية ومعراج الدراية قوله: (ولو قارنا بعث دمين) أي لو كان المحصر قارناً فإنه يبعث دماً لعمرته ودماً لحجته لأنه محرم بهما. أطلقه فأفاد أنه لا يحتاج إلى تعيين الذي للعمرة والذي للحج كما في المبسوط، وأفاد أنه لو بعث بهدي واحد ليتحلل عن أحدهما ويبقى في الآخر لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما لم يشرع إلا في حالة واحدة، فلو تحلل عن أحدهما دون الآخر يكون فيه تغيير للمشروع، ولو بعث بثنى هديين فلم يوجد بذلك بمكة إلا هدي واحد فذبح عنه فإنه لا يتحلل لا عنهما ولا عن أحدهما. وأشار إلى أنه لو أحرم بعمرتين أو بحجتين ثم أحصر قبل السير فإنه يتحلل بذبح هديين في الحرم بخلاف ما إذا أحصر بعد السير فإنه يصير رافضاً لأحدهما به كما قدمناه في الباب السابق. وأشار بالاكْتفاء بالبعث في المفرد والقارن إلى أنه إذا بعث الهدي إن شار رجع وإن شاء أقام إذ لا فائدة في الإقامة قوله: (ويتوقت بالحرم لا بيوم النحر) يعني فيجوز ذبحه في أي وقت شاء لإطلاق قوله تعالى ﴿فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦] من غير تقييد بالزمان. وأما تقييده بالمكان فبقوله تعالى ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة: ١٩٦] أي مكانه وهو الحرم فكان حجة عليهما في قياس الزمان على المكان، فلو ذبح في الحل فحل على ظن الذبح في الحرم فهو محرم كما كان، ولا يحل

سبعة أ هـ قوله: (وقيد المصنف في الكافي) أي قيد الخلاف السابق. قال في السراج: وهذا الخلاف إذا أحصر في الحل، أما إذا أحصر في الحرم فالحلق واجب أ هـ. وفي الشرنبلالية: كذا جزم به في الجوهرة والكافي وحكاها البرجندي عن المصنف بـ «قل» فقال: وقيل إنما لا يجب الحلق على قولهما إذا كان الإحصار في غير الحرم، أما إذا أحصر في الحرم فعليه الحلق.

ويتوقت بالحرم لا بيوم النحر وعلى المحصر بالحج أن تحلل حجة وعمرة وعلى المعتمر

حتى يذبح في الحرم وعليه الدم لتناول محظورات إحرامه. كذا ذكره الأسيبجاني. أطلقه فشمّل إحرام الحج وإحرام العمرة لكن لا خلاف أن المحصر بالعمرة لا يتوقت ذبحه باليوم، وفي المحيط جعل المواعدة المتقدمة إنما يحتاج إليها على قول أبي حنيفة لأن دم الإحصار عنده لا يتوقت باليوم فلا يصير وقت الإحلال معلوماً للمحصر من غير مواعدة ولا يحتاج إليها عندهما لأن دم الإحصار موقت عندهما بيوم النحر فكان وقت الإحلال معلوماً اهـ. وفيه نظر، لأنه موقت عندهما بأيام النحر لا باليوم الأول فيحتاج إلى المواعدة لتعيين اليوم الأول أو الثاني أو الثالث، وقد يقال يمكنه الصبر إلى مضي الأيام الثلاثة فلا يحتاج إليها قوله: (وعلى المحصر بالحج أن تحلل حجة وعمرة وعلى المعتمر عمرة وعلى القارن حجة وعمرتان) بيان لحكم المحصر المألي فإن له حكمن حالياً ومالياً، فما تقدم من بعث الشاة حكم الحالي والقضاء إذا تحلل وزال الإحصار حكمه المألي، فإن كان مفرداً بالحج فإن حج من سنته فإن لا يلزمه شيء وإلا لزمه قضاؤها وعمرة أخرى لأنه فائت الحج. أطلقه فشمّل ما إذا كان الحج فرضاً أو نقلاً شرع فيه، وشمل ما إذا قرن في القضاء أو أفردهما فإنه مخير لأنه التزم الأصل لا الوصف. وأما نية القضاء فإن كان بحج نفل وتحولت السنة فهي شرط، وإن كان بحجة الإسلام فلا ينوي القضاء بل حجة الإسلام. وإنما لزم القارن عمرة ثانية لأنه فائت الحج فلذا لو حج من سنته وأتى بهما فإنه لا يلزمه عمرة أخرى. وأطلقه أيضاً فأفاد أن له في القضاء القران وإفراد كل واحد من الثلاثة لما قدمناه. هكذا صرحوا به هنا، ومن صرح به صاحب المبسوط والمحيط والولوالجي والمحقق ابن الهمام، ويرد عليه ما قالوه في هذا الباب من أنه إذا زال الإحصار إنما لم يجب عليه أن يأتي بالعمرة التي وجبت عليه بالشروع في القران لأنه غير قادر على أدائها على الوجه الذي التزمه، وهو أن تكون أفعال الحج مرتبة عليها وبفوات الحج يفوت ذلك فإن هذا يقتضي أن ليس له الإفراد وأن القران واجب في القضاء ويناقضه ما قالوه في باب الفوات من أن القارن إذا فاتته الحج أدى عمرته من سنته وأدى الحج من سنة أخرى لأنها لا تفوت، ولا شك أن المحصر فائت الحج إذا لم يدركه في سنته، والحق هو الأول لأن بالشروع التزم أصل القرية لا

قوله: (وينبغي أن لا خلاف) أي بناء على الرواية السابقة عن أبي يوسف وإلا ففي السراج وروى عنه أن الخلق واجب لا يسعه تركه قوله: (ويناقضه ما قالوه الخ) أي يناقض ما قالوه في هذا الباب مما حاصله وجوب القران في القضاء ما قالوه في باب الفوات مما حاصله عدم الوجوب. وقوله «ولا شك أن المحصر الخ» بيان وجه المناقضة أي أن المحصر الذي لم يدرك الحج فائت الحج فقد دخل تحت قولهم «إن القارن إذا فاتته الحج أدى عمرته الخ». فحصلت المناقضة. وقوله «والحق هو الأول» أي ما أفاده إطلاق المصنف وصرح به في المبسوط وغيره من أنه مخير.

عمرة وعلى القارن حجة وعمرتان فإن بعث ثم زال الإحصار وقدر على الهدى والحج توجه وإلا لا ولا إحصار بعد ما وقف بعرفة ومن منع بمكة عن الركنين فهو محصر

صفتها وهو القارن كما لو شرع في التطوع قائماً لا يلزمه القيام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله: (فإن بعث ثم زال الإحصار وقدر على الهدى والحج توجه وإلا لا) أي إن لم يقدر عليهما لا يلزمه التوجه وهي رابعة، فإن قدر عليهما لزمه التوجه إلى الحج وليس له التحلل بالهدي لأنه بدل عن إدراك الحج وقد قدر على الأصل قبل حصول المقصود من البدل، وإن لم يقدر عليهما لا يلزمه التوجه وهو ظاهر، وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة جاز لأنه هو الأصل في التحلل وفيه فائدة وهو سقوط العمرة في القضاء وإن كان قارناً فله أن يأتي بالعمرة لما قدمناه من أنه مخير بين القارن والإفراد في القضاء. والثالث أن يدرك الهدي دون الحج فيتحلل، والرابع عكسه فيتحلل أيضاً صيانة لما له عن الضياع والأفضل التوجه. وذكر في الهداية أن هذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لأن دم الإحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي، وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة، وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالإتفاق لعدم توقيت الدم بيوم النحر. وذكر في الجوهرية أنه يستقيم على الإجماع كما إذا أحصر بعرفة وأمرهم بالذبح قبل طلوع الفجر يوم النحر فزال الإحصار قبل الفجر بحيث يدرك الحج دون الهدي لأن الذبح بمنى اه. وجوابه أن الإحصار بعرفة ليس بإحصار لما سيأتي، فلو أحصر بمكان قريب من عرفة لاستقام. وفي المحيط: لو بعث المحصر هدياً ثم زال الإحصار وحدث آخر ونوى أن يكون عن الثاني جاز وحل به، وإن لم ينو حتى نحر لم يجز كمن وكل في كفارة يمين فكفر الموكل ثم حنث في يمين آخر فنوى أن يكون ما في يد الوكيل كفارة الثانية فإنه يجوز، وإن لم ينو حتى تصدق بالمأمر لا. وكذا لو بعث هدياً جزاء صيد ثم أحصر فنوى أن يكون للإحصار، ولو قلد بدنة وأوجبها تطوعاً ثم أحصر فنوى أن يكون لإحصاره جاز وعليه بدنة مكان ما أوجب. وقال أبو يوسف: لا يجزئه إلا عن التطوع لأنها صارت كالوقف وخرجت عن ملكه عنده فلا يملك صرفها إلى غير تلك الجهة اه. قوله: (ولا إحصار بعدما وقف بعرفة) لأنه لا يتصور الفوات بعده فأمن منه،

قوله: (وجوابه أن الإحصار عرفة ليس بإحصار الخ) دفعه في النهر بأن منشأ اعتراضه التحريف لأن النسخة لو أحصر بعرفة بالنون وإلا فكيف يصح أن يكون بحيث يدرك الحج قوله: (فكفر الموكل) ظاهره أنه قيد لصحة كون ما في يد الوكيل كفارة لليمين الثانية بسبب عدم الوجوب للأولى ومقتضى قوله وكذا لو بعث هدياً عدم التقييد تأمل قول المصنف: (ولا إحصار بعد ما وقف بعرفة) اعترضه بعضهم بأنه تكرار محض مع ما يأتي من قوله ومن منع بمكة الخ قوله: (وقد ظهر لي الخ) نقله عنه في النهر وأقره عليه وكان الشرنبلالي لم يقف على ما هنا فاستشكل المسألة أيضاً وفي

والألا لا.

وإنما تحقق الإحصار في العمرة وإن كانت لا تقوت للزوم الضرر بامتداد الإحرام فوق ما التزمه، وأما المحصر في الحج بعد الوقوف فيمكنه التحلل بالحلل يوم النحر في غير النساء فلا ضرورة إلى التحلل بالدم. ثم إن دام الإحصار حتى مضت أيام التشريق فعليه لترك الوقوف بالمزدلفة دم، ولترك الجمار دم، وتأخير الحلل دم، وتأخير الطواف دم في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: ليس عليه لتأخير الحلل والطواف شيء. كذا في الكافي للحاكم الشهيد، وقد قدمنا عن البدائع وغيره أن واجب الحج إذا تركه بعذر لا شيء عليه حتى لو ترك الوقوف بالمزدلفة خوف الزحام لا شيء عليه كما لا شيء على الحائض بترك طواف الصدر فلا شك أن الإحصار عذر فلا شيء عليه بترك الواجبات للعذر مع أنه منقول في الحاكم كما رأيت وهو جمع كلام محمد في كتبه الستة التي هي ظاهر الرواية. وقد ظهر لي أن كلامهم هنا محمول على الإحصار بسبب العدو لا مطلقاً فإنه إذا كان بالمرض فهو سماوي يكون عذراً في ترك الواجبات، وإن كان من قبل العباد فإنه لا يكون عذراً في إسقاط حق الله تعالى كما قاله في باب التيمم أن العدو إذا أسروا حتى صلى بالتيمم فإنه يعيدها بالوضوء إذا أطلق لأنه من قبل العباد. ثم اختلفوا في تحلل المحصر بعد الوقوف؛ قيل لا يتحلل في مكانه ويدل عليه عبارة الأصل حيث قال: وهو حرام كما هو حتى يطوف الزيارة. وهو يدل على تأخير الحلل على أن يفعله في الحرم. وقيل يتحلل في مكانه ويدل عليه عبارة الجامع الصغير حيث قال: وهو محرم على النساء حتى يطوف طواف الزيارة. قال العتاي: وهو الأظهر. كذا في غاية البيان قوله: (ومن منع بمكة عن الركنتين فهو محصر وإلا لا) أي وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر لأنه إذا منع عنهما في الحرم فقد تعذر عليه الإتمام فصار كما إذا أحصر في الحل، وإذا قدر على الطواف فلأن فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل، وأما إن قدر على الوقوف فلما بينا. وقد قيل في المسألة خلاف بين أبي حنيفة وأبي

الرمز للمقدسي ومزان ترك واجب الحج لعذر لا شيء فيه وهو محمول على ما يكون بعدو وأما المرض فسمائي يعذر به ١ هـ وقدمناه مثله عن شرح اللباب عند قول المصنف في الجنائيات أو ترك السعي قوله: (وإن كان من قبل العباد فإنه لا يكون عذر الخ) إن قلت ينافي هذا الحمل ما ذكره من عدم وجوب شيء بترك الوقوف بمزدلفة خوف الزحام فقد جعلوه عذراً مع أنه من قبل العباد كالخوف من العدو في التيمم قلت قد مر هناك الاختلاف في أن الخوف من العدو من الله أو من العباد والذي حققه المؤلف هناك وصرح به ابن أمير حاج أنه إن حصل بسبب وعيد من العبد فهو من قبل العباد وإلا فمن الله تعالى فإن الخوف مطلقاً وإن كان منه تعالى خلقاً وإرادة لكن لما استند إلى مباشرة سبب من العبد أضيف إليه وما هنا لم يحصل عن مباشرة سبب له فكان مسند إليه تعالى.

قوله: (ثم اختلفوا في تحلل المحصر بعد الوقوف) قال الرملي المراد بالمحصر المنوع لأنه لا

باب الفوات

من فاته الحج بفوت الوقوف بعرفة فليحمل بعمره وعليه الحج من قابل بلا دم .

يوسف، والصحيح ما تقدم من التفصيل . كذا في النهاية . وهو إشارة إلى رد ما في المحيط حيث جعل ما في المختصر من التفصيل رواية النوادر وأن ظاهر الرواية أن الإحصار بمكة عنهما ليس بإحصار لأنه نادر ولا عبرة به .

باب الفوات

قوله : (ومن فاته الحج بفوت الوقوف بعرفة فليحل بعمره وعليه الحج من قابل بلا دم) بيان لأحكام أربعة : الأول أن فوات الحج لا يكون إلا بفوت الوقوف بعرفة بمضي وقته . الثاني أنه إذا فاته يجب عليه أن يخرج منه بأفعال العمرة . الثالث لزوم القضاء سواء كان ما شرع فيه حجة الإسلام أو نذرأ أو تطوعاً ، ولا خلاف بين الأمة في هذه الثلاثة فدلّلها الإجماع . والرابع عدم لزوم الدم لحديث الدارقطني المفيد لذلك لكنه ضعيف لكن تعددت طرقه فصار حسناً . وأشار بقوله «فليحل بعمره» إلى وجوبها كما صرح به في البدائع ، وإلى أنه يطوف ويسعى ثم يحلق أو يقصر ، وإلى أن إحرامه لا ينقلب إحرام عمرة بل يخرج عن إحرام الحج بأفعال العمرة وهو قولهما خلافاً لأبي يوسف ، ويشهد لهما أن القارن إذا فاته

إحصار بعد الوقوف . قوله (قيل لا يتحلل في مكانه) أي ليس له أن يحلق في الحل في الحال بل يؤخر الحل إلى ما بعد طواف الزيارة قوله (قال العتابي وهو الأظهر) قال في النهر كأنه لا مكان حل الإطلاق في الأصل على هذا القيد اه واعتراض أو لا بأنه يلزم على هذا أن لا يكون بينهما خلاف فيكون معنى ما في الأصل من أنه حرام أي على النساء فقط ويأباه ترجيح العتابي بأن ما في الجامع أظهر إذ على فرض صحة هذا الحمل لم يبق حاجة للترجيح وثانياً بأن قوله في الأصل وهو حرام ظاهر في بقاء الإحرام مطلقاً في حق النساء وغيرهن فالحق أنه قول مقابل اه قلت قد يجاب بأن عبارة الأصل وإن كانت ظاهرة في بقاء الإحرام مطلقاً إلا أنها محتمة للتقييد ولما كانت عبارة الجامع صريحة في ذلك كانت أظهر إذ لا شك أن الصريح أظهر من المحتمل قول المصنف (ومن منع بمكة عن الركنتين) قال الرملي في الفيض للكركي ولو حاضت قبل طواف الزيارة ولم تطهر وأراد الرفقة العمود تهجم وتطوف حائضاً وتذبح بدنة ولكن لا نفتي بالتهجم فإن لم تطف تبقى محرمة أبداً إلى أن تطوف وكذا الرجل لو لم يطفه .

باب الفوات

قوله (الثالث لزوم القضاء) قال الرملي إن قيل كيف توصف حجة الإسلام بالقضاء ولا وقت لها فالجواب أن المراد بالقضاء القضاء اللغوي لا القضاء الحقيقي وقيل لأنه لما أحرم بها تضيق وقتها

ولا فوت لعمره وهي طواف وسعي وتصح في السنة وتكره يوم عرفة ويوم

الحج أدى عمرته لأنها لا تفوت ثم أتى بعمره أخرى لفوات الحج ثم يخلق ولا دم عليه لأنه للجمع بين النسكين ولم يوجد، فلو انقلب إحرامه عمره لصار جامعاً بين إحرام عمرتين وأدائهما في وقت واحد وهو لا يجوز، ويشهد لهما أنه لو مكث حراماً حتى دخل أشهر الحج من قابل فتحلل بعمل العمرة ثم حج من عامة ذلك لم يكن متمتعاً، فلو انقلب إحرامه عمره كان متمتعاً كمن أحرم للعمرة في رمضان فطاف لها في شوال. كذا في المبسوط. ويشهد لأبي يوسف أن فائت الحج لو أقام حراماً حتى يجح مع الناس من قابل بذلك الإحرام لا يجزئه من حجته، فلو بقي أصل إحرامه لأجزأه. وأجاب عنه في المبسوط بأنه وإن بقي الأصل لكن تعين عليه الخروج بأعمال العمرة فلا يبطل هذا التعيين بتحول السنة مع أن إحرامه انعقد لأداء الحج في السنة الأولى، فلو صح أداء الحج به في السنة الثانية تغير موجب ذلك العقد بفعله وليس إليه تغيير موجب عقد الإحرام. وذكر في المحيط أن فائدة الخلاف تظهر فيما إذا فاته الحج فأهل بحجة أخرى غير الأولى صحت وبرفض الأخرى عند أبي حنيفة وعند محمد لا تصح، وعند أي يوسف يمضي في الأخرى لأن عنده إحرام الأولى انقلب للعمرة وهذا محرم للعمرة وقد أضاف إليها حجة، وعنده لما بقي إحرامه فإذا أحرم بحجة أخرى يرفضها لثلا يكون جامعاً بين إحرامي حج وعليه دم وعمره وحجتان من قابل. فإن كان نوى بالثانية قضاء الفائتة فهي هي وعليه القضاء لأنه باقٍ في إحرام الحج، فإذا نوى به القضاء يصير ناوياً للإحرام القائم فلا تصح نيته ولا يصير محرماً بإحرام آخر. وأطلق في فوت الحج فشمّل الحج الفاسد والصحيح، فلو أهل بحج ثم أفسده بالجماع قبل الوقوف ثم فاته الحج فعليه دم للجماع ويحل للعمرة لأن الفاسد معتبر بالصحيح، وكذا لو انعقد فاسداً كما إذا أحرم مجامعاً فإنه ملحق بالصحيح. وقول صاحب الهداية لأن الإحرام بعد ما انعقد صحيحاً لا يخرج عنه إلا بأداء أحد النسكين، محمول على اللازم للاحتراز عن غير اللازم ليخرج به العبد والزوجة إذا أحرمنا بغير إذن لا ما قابل الصحيح وهو الفاسد وليخرج به ما إذا دخل حجة على عمره أو على عمره فإنه ليس بلازم، ولذا وجب الرفض ولا يرد عليه المحصر فإن إحرامه لازم مع أنه يخرج عنه بغير الأفعال لأنه عارض لا بطريق الوضع قوله: (ولا فوت لعمره) لعدم توقيتها بالإجماع قوله: (وهي طواف وسعي) أي أفعال العمرة طواف بالبيت سبعة أشواط وسعي بين الصفا والمروة. وليس مراده بيان ماهيتها لأن ركنها الطواف

كما قالوا في الصلاة يفسدها ثم يفعلها في الوقت فالحج أولى بذلك تأمل قوله (نعم هو) أي عدم نقل الأمر بالقضاء مما يؤنس به في عدم وقوع الأمر بحسب الظاهر وإلا لنقل لا أنه يصلح دليلاً على عدمه. وقوله «لكن ذلك الخ» جواب عن الاستئناس المذكور، وحاصله أن دليل الوجوب مطلقاً ثابت فيجب الحكم بعلمهم به وقضائها كما هو مقتضى ذلك الدليل من غير تعيين من أين علموا

النحر وأيام التشريق وهي سنة مؤكدة.

فقط. وأما السعي فواجب. وإنما لم يصرح بوجوبه فيها للعلم به من الحج لأن السعي فيه واجب ففي العمرة أولى. ولم يذكر الإحرام لأنه شرط في النسكين حجاً كان أو عمرة، ولم يذكر الحلق لأنه محل مخرج منها وهو من واجباتها كما في فتاوى قاضيخان. وهي في اللغة بمعنى الزيارة، يقال اعتمر فلان فلاناً إذا زاره. وفي المغرب: إن أصلها القصد إلى مكان عامر ثم غلب على القصد إلى مكان مخصوص.

قوله: (وتصح في السنة وتكره يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق) لما قدمنا أنها لا تتوقت. وقد اعتمر ﷺ أربع عمر: في ذي القعدة إلا الذي اعتمر مع حجته كما في صحيح البخاري، ثم المراد بالأربعة إحرامه بهن، فأما ما تم له منها فثلاث: الأولى عمرة الحديبية سنة ست فأحصر بها فنحر الهدي بها وحلق هو وأصحابه ورجع إلى المدينة. الثانية عمرة القضاء في العام المقبل وهي قضاء عن الحديبية. هذا مذهب أبي حنيفة، وذهب مالك إلى أنها مستأنفة لا قضاء عنها، وتسمية الصحابة وجميع السلف إياها بعمرة القضاء ظاهر في خلافه، وعدم نقل أنه عليه السلام أمر الذين كانوا معه بالقضاء لا يفيد بل المفيد له نقل العدم لا عدم النقل. نعم هو مما يؤنس به في عدم الوقوع لأن الظاهر أنه لو كان لنقل لكن ذلك إنما يعتبر لو لم يكن من الثابت ما يوجب القضاء في مثله على العموم فيجب الحكم بعلمهم به وقضائها من غير تعيين طريق علمي. الثالثة عمرته التي قرن مع حجته على قولنا أو التي تمتع بها إلى الحج على قول القائلين أنه حج متمتعاً، أو التي اعتمرها في سفره ذلك على قول القائلين بأنه أفرد واعتمر. ولا عبرة بالقول الرابع الرابعة عمرته من الجعرانة. كذا في فتح القدير. وأطلق في المختصر الكراهة فانصرفت الكراهة إلى كراهة التحريم لأنها المحمل عند إطلاقها، ويدل عليه ما عن عائشة رضي الله عنها قالت: حلت العمرة في السنة كلها إلا أربعة أيام: يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعد ذلك. وعن ابن عباس أنها خمسة، وذكر ثلاثة أيام التشريق. وأطلق في كراهتها يوم عرفة فشمّل ما قبل الزوال وما بعده وهو المذهب خلافاً لما عن أبي يوسف أنها لا تكره قبل الزوال، وأفاد بالاعتصار على الخمسة لأنها لا تكره في أشهر الحج وهو الصحيح عند أهل العلم كما في غاية البيان، ولا فرق بين المكّي والآفاقي، واختلفوا في فضل أوقاتها فبالنظر إلى فعله عليه السلام فأشهر الحج أفضل، وبالنظر إلى قوله فرمضان

بذلك قوله (من غير تعيين طريق علمي) الذي في الفتح «طريق علمهم» بإضافته إلى ضمير الجماعة قوله (ولا عبرة بالقول الرابع) لعل المراد به أنه عليه السلام حج ولم يعتمر قوله (ولا فرق بين المكّي والآفاقي) وأما ما في الباب من قوله «ويكره فعلها في أشهر الحج لأهل مكة ومن بمعناها» أي من المقيمين ومن في داخل الميقات فقال شارحه: لأن الغالب عليهم أن يحجوا في سنتهم فيكونوا

أفضل للحديث الصحيح «عمرة في رمضان تعدل حجة»^(١). وقد وقع في الينابيع هنا غلط فاجتنبه وهو أنه قال: تكره العمرة في خمسة أيام وذكر منها يوم الفطر بدل يوم عرفة كما نبه عليه في غاية السروجي. وفي فتاوى قاضيخان تكره العمرة في خمسة أيام لغير القارن هـ. وهو تقييد حسن وينبغي أن يكون راجعاً إلى يوم عرفة لا إلى الخمسة كما لا يخفى وأن يلحق المتمتع بالقارن.

قوله: (وهي سنة) أي العمرة سنة مؤكدة وهو الصحيح في المذهب، وقيل بوجوبها وصححه في الجوهرة واختاره في البدائع وقال: إنه مذهب أصحابنا. ومنهم من أطلق اسم السنة وهذا لا ينافي الوجوب هـ. والظاهر من الرواية ما في المختصر فإن محمداً نص في كتاب الحجر أن العمرة تطوع وليس بينهما كبير فرق كما قدمناه مراراً. واستدل لها في غاية البيان بما رواه الترمذي وصححه عن جابر أن النبي ﷺ سئل عن العمرة أواجبة هي؟ قال: لا، وأن تعتمروا هو أفضل. وأما قوله تعالى ﴿وَأَتِمُوا الْحَجَّ وَالْعَمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] فالإتمام بعد الشروع ولا كلام لنافيه لأن الشروع ملزم وكلامنا فيما قبل الشروع. والمراد أنها سنة في العمرة مرة واحدة فمن أتى بها مرة فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ما ثبت النهي عنها فيه إلا أنها في رمضان أفضل. هذا إذا أفردا فلا ينافيه أن القرآن أفضل لأن ذلك أمر يرجع إلى الحج لا العمرة. فالحاصل أن من أراد الإتيان بالعمرة على وجه أفضل فيها ففي رمضان أو الحج على وجه أفضل فبأن يقرن معه عمرة، ثم اعلم أن للعمرة معنى لغوياً

متمتعين وهم عن التمتع ممنوعون وإلا فلا منع للمكي عن العمرة المفردة في أشهر الحج إذا لم يحج، ومن خالف فعليه البيان وإتيان البرهان اهـ. وهو رد على ما في الفتح كما تقدم مبسوطاً في باب التمتع قوله (وينبغي أن يكون راجعاً إلى يوم عرفة الخ) قال في النهر: هذا ظاهر في أنه فهم أن معنى ما في الخانية من استثناء القارن أنه لا بد له من العمرة ليبنى عليها أفعال الحج ومن ثم خصه بيوم عرفة وهو غفلة عن كلامهم فقد قال في السراج: وتكره العمرة في هذه الأيام أي يكره إنشاؤها بالإحرام، أما إذاها بإحرام سابق كما إذا كان قارناً ففاته الحج وأدى العمرة في هذه الأيام لا يكره، وعلى هذا فالاستثناء الواقع في الخانية منقطع ولا اختصاص ليوم عرفة اهـ. لأنه إذا كان المراد كراهة الإنشاء لا يكون القارن داخلاً لأنه غير منشئ لإخراجه مما قبله منقطع فلا يكره في حقه أداؤها في الخمسة. قلت: ولا يخفى عليك أن المتبادر من القارن في كلام الخانية المدرك لا فاته الحج، وحيث فلا شك أن عمرته لا تكون بعد يوم عرفة لأنها تبطل بالوقوف. وليس في كلام المؤلف تعرض لمن فاته الحج ولا لأن الاستثناء متصل أو منقطع فمن أين جاءت الغفلة قوله (ثم اعلم)

(١) رواه الترمذي في كتاب الحج باب ٩٥. أبو داود في كتاب المناسك باب ٧٩. النسائي في كتاب

الصيام باب ٦. ابن ماجه في كتاب المناسك باب ٤٥. أحمد في مسنده (٣٠٨/١) (٣٥٢/٣).

باب الحج عن الغير

النيابة تجزئ في العبادة المالية عند العجز والقدرة ولم تجز في البدنية بحال وفي

ومعنى شرعياً وسبباً وركناً وشرائط وجوب وشرائط صحة وواجبات وسنناً وآداباً ومفسداً كالحج، وقد بينا معناها وركنها وواجباتها. وأما سببها فاليبت، وشرائط وجوبها وصحتها ما هو شرائط الحج إلا الوقت، وأما سننها وآدابها فما هو سنن الحج وآدابه إلى الفراغ من السعي، وأما مفسدها فالجماع قبل طواف الأكثر من السبعة. كذا في البدائع وغيره. وقد قدمنا أنه ليس لها طواف الصدر. وقال الحسن بن زياد: يجب عليه.

باب الحج عن الغير

لما كان الحج عن الغير كالتبع أخره، والأصل فيه أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوماً أو صدقة أو قراءة قرآن أو ذكراً أو طوافاً أو حجاً أو عمرة أو غير ذلك عند أصحابنا للكتاب والسنة. أما الكتاب فلقوله تعالى ﴿وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً﴾ [الإسراء: ٢٤] وإخباره تعالى عن ملائكته بقوله ﴿ويستغفرون للذين آمنوا﴾ [غافر: ٧] وساق عبارتهم بقوله تعالى ﴿ربنا وسعت كل شيء رحمة وعلما فاغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك﴾ إلى قوله ﴿وقهم السيئات﴾ [غافر: ٩] وأما السنة فأحاديث كثيرة منها ما في الصحيحين حين ضحى بالكبشين فجعل أحدهما عن أمته وهو مشهور تجوز الزيادة به على الكتاب. ومنها ما رواه أبو داود «اقرأوا على موتاكم سورة يس»^(١). وحينئذ فتعين. أن لا يكون قوله تعالى ﴿وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾ [النجم: ٣٩] عى ظاهره وفيه تأويلات أقربها ما اختاره المحقق ابن الهمام أنها مقيدة بما يهبه العامل يعني ليس للإنسان من سعي غيره نصيب إلا إذا وهبه له فحينئذ يكون له، وأما قوله عليه السلام «لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد»^(٢) فهو في حق الخروج عن العهدة لا في حق الثواب فإن من صام أو صلى أو تصدق وجعل ثوابه لغيره من الأموات والأحياء جاز ويصل ثوابها إليهم عند أهل الخ) قال في اللباب: وأحكام إحرامها كل إحرام.

باب الحج عن الغير.

قوله (والظاهر أنه لا فرق الخ) أقول: ذكر هذه المسألة الحافظ بن قيم الجوزية الحنبلي في كتاب

(١) رواه أبو داود في كتاب الجنائز باب ٢٠. ابن ماجه في كتاب الجنائز باب ٤. أحمد في مسنده (٥/ ٢٦، ٢٧).

(٢) رواه في الموطأ في كتاب الصيام حديث ٤٣.

السنة والجماعة. كذا في البدائع. وبهذا علم أنه لا فرق بين أن يكون المَجْعُول له ميتاً أو حياً، والظاهر أنه لا فرق بين أن ينوي به عند الفعل للغير أو يفعله لنفسه، ثم بعد ذلك يجعل ثوابه لغيره لإطلاق كلامه، ولم أر حكماً من أخذ شيئاً من الدنيا ليَجْعَلَ شيئاً من عبادته

«الروح» وذكر فيها خلافاً عندهم وقال: هذه المسألة غير منصوصة عن الإمام وأحد المتقدمين من أصحابه وإنما اشترط ذلك المتأخرون كالقاضي وأتباعه فقيل: إن نواه حال فعله أو قبله وصل إليه وإلا فلا، لأنه لو لم ينوهِ وقع الثواب للعامل فلا يقبل انتقاله عنه إلى غيره ولهذا لو أدى ديناً عن نفسه ثم أراد بعد الأداء أن يجعله عن غيره لم يكن له ذلك، وكذا لو حج أو صام أو صلى لنفسه، ويؤيد هذا أن الذين سألوا النبي ﷺ عن ذلك لم يسألوه عن ثواب إهداء العمل بعده بل عما يفعلونه عن الميت كما قال سعد: أينفعها إن تصدقت عنها ولم يقل إن أهدي لها ثواب ما تصدقت به عن نفسي. وكذا قول المرأة الأخرى «أفأحج عنها» وقول الرجل الآخر «أفأحج عن أبي» ولا يعرف عن أحد من الصحابة أنه قال اللهم اجعل ثواب ما عملته لنفسي أو ثواب عملي المتقدم لفلان، فهذا سر الاشتراط وهو أفقه. ومن لم يشترط ذلك يقول الثواب للعامل فإذا تبرع به وأهداه إلى غيره كان بمنزلة ما يهديه إليه من ماله. وعلى الأول لا يصح إهداء الثواب الواجب على العامل، وأما على الثاني فقليل يجوز ويجزئ فاعله وقد نقل عن جماعة أنهم جعلوا ثواب أعمالهم من فرض ونفل للمسلمين وقالوا: نلقى الله تعالى بالفقر والإفلاس المجرد والشرعية لا تمنع من ذلك. اهـ ملخصاً قوله (ولم أرحكم من أخذ شيئاً من الدنيا ليَجْعَلَ شيئاً من عبادته للمعطى الخ) إن كان المراد من العبادة نحو القراءة والذكر فالمعطى يكون أجرة، والمفتى به مذهب المتأخرين من جواز الاستئجار على الطاعات، وبنى عليه العلائي جواز الوصية للقراءة على القبر، وإن كان المراد بها الخضوع والتذلل فعدم الصحة ظاهر. قال في حاشية مسكين قال الإمام اللامشي: العبادة عبارة عن الخضوع والتذلل وحدها فعل لا يراد به إلا تعظيم الله تعالى بأمره بخلاف القرية والطاعة فإن القرية ما يتقرب به إلى الله تعالى ويراد بها تعظيم الله تعالى مع إرادة ما وضع له الفعل كبناء الرباطات والمساجد ونحوها فإنها قرية يراد بها وجه الله تعالى مع إرادة الإحسان بالناس وحصول المنفعة لهم، والطاعة ما يجوز لغير الله تعالى. قال تعالى ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ [النساء: ٥٩] والعبادة ما لا يجوز لغير الله تعالى والطاعة موافقة الأمر اهـ. والظاهر أن المراد الأول وأن الإجارة غير صحيحة لأن المتخصص على جوازه تعليم القرآن كما يأتي في المتن زاد في التنوير تبعاً لصدر الشريعة وغيره تعليم الفقه والإمامة والأذان، فهذه المفتى به جواز الإجارة عليها في زماننا، وعللوه بحاجة الناس إليه وظهور التواني في الأوامر الدينية وبأن المعلمين كانت لهم عطيات من بيت المال وزيادة رغبة في إقامة الحسبة وأمور الدين كما بسطه تلميذ المؤلف في منحه، وأصل المذهب بطلانها للنهي عن ذلك، ولأن القرية متى وقعت كانت العامل فلا يجوز له أن يأخذ الأجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة، وتامه في المنح. فقد ظهر من هذا أن إجازة ما ذكر لمكان الضرورة وأن ما مر عن العلائي غير ظاهر، بل جواز الوصية مبني على المفتى به من عدم كراهة القراءة على القبور، ومع

المركب منهما تجزئ عند العجز فقط والشرط العجز الدائم ثم إلى وقت الموت وإنما

للمعطي، وينبغي أن لا يصح ذلك. وظاهر إطلاقهم يقتضي أنه لا فرق بين الفرض والنفل، فإذا صلى فريضة وجعل ثوابها لغيره فإنه يصح لكن لا يعود الفرض في ذمته لأن عدم الثواب لا يستلزم عدم السقوط عن ذمته ولم أره منقولاً قوله: (النيابة تجري في العبادات المالية عند العجز والقدرة ولم تجز في البدنية بحال وفي المركب منهما تجري عند العجز فقط) بيان لانقسام العبادة إلى ثلاثة أقسام: مالية محضة كالزكاة وصدقة الفطر والإعتاق والإطعام والكسوة في الكفارات والعشر والنفقات، سواء كانت عبادة محضة أو عبادة فيها معنى المؤنة أو مؤنة فيها معنى العبادة كما عرف في الأصول. وبدنية محضة كالصلاة والصوم والاعتكاف وقراءة القرآن والأذكار والجهاد. ومركبة من البدن والمال كالحج. والأصل فيه أن المقصود من التكاليف الابتلاء والمشقة وهي في البدنية بإتعب النفس والجوارح بالأفعال المخصوصة، وبفعل نائبه لا تتحقق المشقة على نفسه فلم تجز النيابة مطلقاً لا عند العجز ولا عند القدرة، وفي المالية بتنقيص المال المحبوب للنفس بإيصاله إلى الفقير وهو موجود بفعل النائب. وكان مقتضى القياس أن لا تجري النيابة في الحج لتضمنه للمشتقتين البدنية والمالية والأولى لا يكتفى فيها بالنائب لكنه تعالى رخص في إسقاطه بتحمل المشقة الأخرى أعني إخراج المال عند العجز المستمر إلى الموت رحمة وفضلاً بأن تدفع نفقة الحج إلى من يحج عنه بخلاف حالة القدرة لم يعذر لأن تركه فيها ليس إلا بمجرد إثارة رحمة نفسه على أمر ربه، وهو بهذا يستحق

هذا لا بد من تعيين القارئ ليكون المدفوع إليه على وجه الصلة دون الأجرة وإلا فهي باطلة كما في وصايا منتخب الظهيرية. وقد شمل كلام المؤلف بطلان ما اشتهر في زماننا من الوصية بدراهم معلومة لبعض مشايخ الطرق والحفظة ليعملوا للميت تهليلة أو يخطموا له ختمات من القرآن فإنه من الإجارة على الطاعة وليس مما فيه ضرورة. نعم إن كان الموصى له معيناً قد يقال بالجواز بناء على ما مر عن منتخب الظهيرية، وانظر ما يأتي لنا نقله في كتاب الوقف عن الرمي قوله (وظاهر إطلاقهم يقتضي أنه لا فرق الخ) لم يرتضه المقدسي في الرمز حيث قال: وأما جعل ثواب فرضه لغيره فمحتاج إلى نقل اهـ. قلت: رأيت في شرح تحفة الملوك قيده بالنافلة حيث قال: يصح أن يجعل الإنسان ثواب عبادته النافلة لغيره صوماً أو صلاة أو قراءة القرآن أو صدقة أو الأذكار أو غيرها من أنواع البر اهـ. لكن سيأتي آخر الباب في مسألة من أهل يحج عن أبويه فعين صح أي جعل الثواب له، وسنذكر هناك أن الحج يقع عن الفاعل فيسقط به فرضه وهو صريح في المراد قول المتن (النيابة تجزئ) بالزاي والهمزة كذا بخط الأياسي والغزي، وفي نسخة بالجيم والراء المهملة والياء بخط الرازي والعيني وشرح عليها الزيلعي، وكذا فيما بعده وأجزأ مهموزاً معناه أغنى، وأجزى غير مهموز معناه كفى. شيخنا عن الشليبي. وقيل من جزأ الأمر يجزي جزاء مثل قضى وزناً ومعنى. كذا في حواشي مسكين قول المتن (وفي المركب منهما) قال الحموي: في قولهم مركبة منهما نظر لأن

العقاب لا التخفيف في طريق الإسقاط. وإذا جازت النيابة في المالية مطلقاً فالعبرة لنية الموكل لا لنية الوكيل، وسواء نوى الموكل وقت الدفع إلى الوكيل أو وقت دفع الوكيل إلى الفقراء أو فيما بينهما، ولهذا قال في الفتاوى الظهيرية من فصل مصارف الزكاة: رجل دفع إلى رجل دراهم ليتصدق بها على الفقراء تطوعاً فلم يتصدق المأمور حتى نوى الأمر عن الزكاة من غير أن يتلفظ به، ثم تصدق المأمور جاز عن الزكاة، وكذا لو أمره أن يعتق عبداً تطوعاً نوى الأمر عن الكفارة قبل إعتاق المأمور عن التطوع ١ هـ. ولهذا لا تغتبر أهلية النائب حتى لو وكل المسلم ذمياً في دفع الزكاة جاز كما في كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام.

قوله: (والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت) أي الشرط في جواز النيابة في المركب عجز المستنيب عجزاً مستمراً إلى موته لأن الحج فرض العمر فحيث تعلق به خطابه لقيام مشروط وجب عليه أن يقوم بنفسه في أول سني الإمكان، فإذا أخر أثم وتقرر القيام بنفسه في ذمته في مدة عمره، وإن كان غير متصف بالشرط، فإذا عجز عن ذلك في مدة عمره رخص له الاستنابة رحمة وفضلاً فحيث قدر عليه وقتاً من عمره بعد ما استنابه فيه لعجز لحقه ظهر انتفاء شرط الرخصة. ثم ظاهر ما في المختصر أنه لا فرق بين أن يكون المرض يرجى زواله أو لا يرجى زواله كالزمانة والعمى، فلو أحج الزمن أو الأعمى ثم صح وأبصر لزمه أن يحج بنفسه، وبسبب هذا صرح المحقق في فتح القدير به وليس بصحيح، بل الحق التفصيل؛ فإن كان مرضاً يرجى زواله فأحج فالأمر مراعى، فإن استمر العجز إلى الموت سقط الفرض عنه وإلا فلا. وإن كان مرضاً لا يرجى زواله كالعمى فأحج غيره سقط الفرض عنه، سواء استمر ذلك العذر أو زال. صرح به في المحيط وفتاوى قاضیخان والمبسوط، وصرح في معراج الدراية بأنه إذا حج الأعمى غيره ثم زال العمى لا يبطل الإحجاج ١ هـ. وقيد بالعجز الدائم لأنه لو أحج وهو صحيح ثم عجز واستمر لا يجوز له لفقد الشرط، ويشكل عليه ما في التجنيس وفتاوى قاضیخان وغيرهما أنه لو قال «لله علي ثلاثون حجة» فأحج ثلاثين نفساً في سنة واحدة إن مات قبل أن يجيء وقت الحج جاز عن الكل لأنه لم تعرف قدرته بنفسه عند مجيء وقت الحج، وإن جاء وقت الحج وهو يقدر بطلت حجته لأنه

الشيء لا يتركب من شرطه ويمكن أن يقال: كون الشيء لا يتركب من شرطه في المركبات الحقيقية دون الاعتبارية. كذا في حواشي مسكين والأولى ما ذكره في حاشية الدر المختار من أن المال معتبر في الحج اعتباراً قوياً بحيث لا يتأتى ولا يتحصل إلا به غالباً فكان كالجزء قوله (بل الحق التفصيل الخ) نقله في النهر وأقره وتابعه في متن التنوير وحققه في الشرنبلالية. وقال الإمام قاضیخان في شرحه على الجامع الصغير: ثم إنما يصح الأمر إذا كان الأمر عاجزاً بنفسه عجزاً لا يرجى زواله كالعمى والزمانة، وإن كان عجزاً يرجى زواله كالحبس والمرض إن دام إلى الموت يقع موقعه وإن زال كان الحج على الأمر على حاله قوله (بطلت حجته) الذي في الخانية والفتح والنهر «حجة» بدون ضمير، وقوله «وعلى هذا

يقدر بنفسه عليها فانعدم الشرط فيها وعلى هذا كل سنة تجيء ا هـ. وينبغي أن يراد بوقت الحج وقت الوقوف بعرفة يعني إن جاء يوم عرفة وهو ميت أجزأه الكل، وإن كان حياً بطلت واحدة وتوقف الأمر في الباقي. وليس المراد بوقت الحج أشهر الحج لأن الإحجاج يكون في أشهر الحج فلا يتأتى التفصيل، وإن كان المكان بعيداً فأحج قبل الأشهر فهو قاصر الإفاضة عما إذا كان قريباً فأحج في الأشهر الحرم فالأولى ما قلناه. ووجه إشكاله على ما سبق أن وقت الإحجاج كان صحيحاً فإذا مات قبل وقته أجزأه، وقد تقدم أنه إذا أحج وهو صحيح ثم عجز لا يجزئه، ودفعه بأن المراد بعجزه بعد الإحجاج العجز بعد فراغ النائب عن الحج بأن كان وقت الوقوف صحيحاً فلا مخالفة كما لا يخفى. وعلى هذا المرأة إذا لم تجد محرماً لا تخرج إلى الحج إلى أن تبلغ الوقت الذي تعجز عن الحج فحينئذ تبعث من يحج عنها، أما قبل ذلك فلا يجوز لتوهم وجود المحرم، فإن بعثت رجلاً، إن دام عدم المحرم إلا أن ماتت فذلك جائز كالمریض إذا أحج عنه رجلاً ودام المرض إلى أن مات. وأطلق في العجز فشمّل ما إذا كان سماوياً أو بصنع العباد فلو أحج وهو في السجن فإذا مات فيه أجزأه وإن خلص منه لا. وإن أحج لعدوّ بينه وبين مكة إن أقام العدو على الطريق حتى مات أجزأه وإن لم يقم لا يجزئه. كذا في التجنيس. وذكر في البدائع: وأما شرائط جواز النيابة فمنها أن يكون المحجوج عنه عاجزاً عن الأداء بنفسه وله مال فلا يجوز إحجاج الصحيح غنياً كان أو فقيراً، لأن المال من شرائط الوجوب. ومنها العجز المستدام إن سرت. ومنها الأمر بالحج فلا يجوز حج الغير عنه بغير أمره إلا الوارث يحج عن مورثه فإنه يجزئه إن شاء الله تعالى لوجود الأمر دلالة. ومنها نية المحجوج عنه عند الإحرام. ومنها أن يكون حج المأمور بماله المحجوج عنه فإن تطوع الحاج عنه بماله نفسه لم يجز عنه حتى يحج بماله، وكذا إذا أوصى أن يحج بماله فمات فتطوع عنه وارثه بماله نفسه لأن الفرض تعلق بماله، فإذا لم يحج بماله لم يسقط عنه الفرض. ومنها الحج راكباً حتى لو أمره بالحج فحج ماشياً يضمن النفقة ويحج عنه راكباً لأن

كل سنة تجيء» أي أنه في السنة الثانية إن مات قبل مجيء وقت الحج جاز عن الباقي وهو تسعة وعشرون، وإن مات بعده وهو يقدر بطلت حجة واحدة، وهكذا في السنة الثالثة والرابعة إلى الآخر. قوله (وعلى هذا المرأة إذا لم تجد محرماً) أي ينبغي على اشتراط العجز الدائم هذه المسألة وهي مذكورة في الخانية قوله (فمنها أن يكون المحجوج عنه عاجزاً الخ) ذكر العلامة الشيخ رحمة الله السندي في منسكه الكبير أن من شروط صحة الحج عن الأمر أن يحرم من الميقات، فلو اعتمر وقد أمره بالحج ثم حج من مكة يضمن في قولهم جميعاً، ولا يجوز ذلك عن حجة الإسلام لأنه مأمور بحجة ميقاتية اهـ. وهل إذا عاد إلى الميقات وأحرم يقع عن الأمر؟ ظاهر التعليل نعم فتأمل. وأما لو جاوز الميقات فقد وقع فيه اختلاف الفتوى بين المتأخرين في زمن منلا علي القاري وقدمنا حاصل

شرط عجز المنوب للحج الفرض لا للنفل ومن أحرم حج أمره ضمن النفقة .

المفروض عليه هو الحج راكباً فينصرف مطلق الأمر بالحج إليه ، فإذا حج ماشياً فقد خالف فيضمن ا هـ . وفي فتح القدير : واعلم أن شرط الإجزاء كون أكثر النفقة من مال الأمر ، فإن أنفق الأكثر أو الكل من مال نفسه وفي المال المدفوع إليه وفاء بحجه رجع به فيه إذ قد يبتلى بالإتفاق من مال نفسه لبعث الحاجة ولا يكون المال حاضراً فيجوز ذلك كالوصي والوكيل يشتري لليتيم ويعطي الثمن من مال نفسه فإنه يرجع به في مال اليتيم ا هـ . وبهذا علم أن اشتراطهم أن تكون النفقة من مال الأمر للاحتراز عن التبرع لا مطلقاً .

قوله : (وإنما شرط عجز المنوب للحج الفرض لا النفل) لجواز الإبانة مع القدرة في حج النفل لأن المقصود منه الثواب فإذا كان له تركه أصلاً فله تحمل مشقة المال بالأولى . أطلقه فشمّل حجة الإسلام والحجة المندورة ، وأشار به إلى أنه لو أحج عنه وهو صحيح حجة الإسلام أو كان مريضاً ثم صح بطل وصف الفرضية لفقد شرطه وهو العجز وبقي أصل الحج تطوعاً للأمر لا أنه فاسد أصلاً . صرح به الأسيبجاوي والسرخسي وعلاء الدين البخاري في الكشف ولم يحكوا فيه خلافاً ، فعلى هذا بين الصلاة والحج فرق على قول محمد فإنه يقول فيها إذا بطل وصفها بطل أصلها ولم ينقل عنه في الحج في ذلك لما أن باب الحج أوسع فلهذا يمضي في فساد كما يمضي في صحيحه . وأشار المصنف بجريان النيابة في الحج عند العجز في الفرض ومطلقاً في النفل أن أصل الحج يقع للأمر لحديث الخثعمية وهي أسماء بنت عميس من المهاجرات وهو أنها قالت : يا رسول الله إن فريضة الله في الحج على عباده أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يثبت على الراحلة أفأحج عنه؟ قال : نعم . متفق عليه . فقد أطلق كونه عنه وقولهما أفأحج عنه فيه روايتان فتح الهمزة وضم الحاء أي أنا أحرم عنه بنفسه وأؤدي الأفعال . وهذا هو المشهور من الرواية . وروي بضم الهمزة وكسر الحاء أي أمر أحد أن يحج عنه . ذكره الهندي في شرح المغني وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا كما في الهداية ، وظاهر المذهب كما في المبسوط وهو الصحيح كما في كثير من الكتب . وذهب عامة المتأخرين كما في الكشف إلى أن الحج يقع عن المأمور وللأمر ثواب النفقة قالوا : وهو رواية عن محمد . وهو اختلاف لا ثمرة له لأنهم اتفقوا أن الفرض يسقط عن الأمر ولا يسقط عن المأمور وأنه لا بد من أن ينويه عن الأمر وهو دليل المذهب ، وأنه يشترط أهلية النائب لصحة الأفعال حتى لو أمر ذمياً لا يجوز وهو دليل الضعيف ، ولم أر من صرح بالثمرة . وقد يقال

ذلك قبيل باب الإحرام فراجع . قوله (وهو دليل الضعيف) في حكمه عليه بالضعف شيء إذ قال في الفتح : إن عليه جمعاً من المتأخرين منهم صدر الإسلام والأسيبجاوي وقاضيهان حتى نسب شيخ الإسلام هذا لأصحابنا . قال في النهر : وفي العناية وإليه مال عامة المتأخرين ا هـ . وما عزاه إلى قاضيهان هو ما ذكره في شرح الجامع الصغير حيث قال : وهو أقرب إلى الفقه لكن صحح في فتاواه

إنها تظهر فيمن حلف أن لا يخرج فعلى المذهب إذا حج عن غيره لا يحث، وعلى الضعيف يحث إلا أن يقال إن العرف أنه قد حج وإن وقع عن غيره فيحث اتفاقاً.

قوله: (ومن حج عن أمره ضمن النفقة) لأن كل واحد منهما أمره بأن يخلص النفقة له من غير اشتراك ولا يمكنه إيقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية فيقع عن المأمور نفلاً. ولا يجوز

القول الأول فاعتراض بعضهم منشؤه عدم المراجعة قوله (لأن كل واحد منهما أمره الخ) عدل عن قول الهداية «فهي عن الحاج ويضمن النفقة لأن الحج يقع عن الأمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام، وكل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له الخ» لما قال في العناية: وذهب الشارحون إلى أن الدليل غير مطابق للمدلول. قال ثم قال صاحب النهاية: ولكن هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة لأنه خالفهما وإنما لا يضمن النفقة إذا وافق لأن الحج الخ. قال في السعدية: ولا قرينة على هذا التقدير ولذا قال في النهر: وما رأيت من أفصح منهم عن المرمى لكن رأيت في نسخة قديمة معتمدة لا أن الحج يقع عن الأمر بلا النافية وليس تعليلاً للمسألة. وقوله «حتى لا يخرج» غاية لقوله «فهي عن الحاج نفلاً». وهذا أولى ما رأيت فتدبره اه. قلت: وهذا أيضاً لا يخفى بعده وقد خطر لي جواب عن النسخة الأولى أظهر مما في النهاية بأن تجعل «ال» في «الحج» للعهد أي لأن الحج المأمور به ما يقع عن الأمر، وقوله «حتى لا يخرج» تفريع عليه تأمل. ثم رأيت جوابي بعينه أجاب به العلامة ابن كمال باشا في شرحه على الهداية قوله (فيقع عن المأمور نفلاً) هذا في النهر، والذي في شرح الباقي أنه يخرج بها عن حجة الإسلام لكن قال في غاية البيان: إنه يقع عن الأمر من وجه بدليل أن الحاج لا يخرج عن حجة الإسلام. ورأيت في الفتح ما يفيد ما ذكره الباقي فإنه في الفتح ذكر صور الإبهام الأربعة الآتي ذكرها ثم قال: ومبنى الأجوبة على أنه إذا وقع عن نفس المأمور لا يتحول بعد ذلك إلى الأمر وأنه بعد ما صرف نفقة الأمر إلى نفسه ذاهباً إلى الوجه الذي أخذ النفقة له لا ينصرف الإحرام إلى نفسه إلا إذا تحققت المخالفة أو عجز شرعاً عن التعيين اه. ولا شك في أنه إذا أحرم عنهما تحققت المخالفة وعجز شرعاً عن التعيين فيقع الحج عن نفسه. وذكر في الفتح أيضاً بعد ذلك فيما لو أحرم عن أحدهما غير عين أن المخالفة. لم يتحقق بمجرد الإحرام ولا يمكن أن يصير للمأمور لأنه نص على إخراجها عن نفسه يجعلها لأحدهما فلا ينصرف إليه إلا إذا وجد أحد الأمرين اللذين ذكرناهما أي من تحقق المخالفة أو العجز عن التعيين، ولم يتحقق ذلك ما لم يشرع في الأعمال ولو شوطاً لأن الأعمال لا تقع لغير معين فتقع عنه وليس في وسعه أن يحولها إلى غيره وإنما جعل الشرع له ذلك في الشواب اه. ومقتضاه أنه بعد شروعه في الأعمال تحققت المخالفة وامتنع تحويلها لغيره وبطل إخراجها عن نفسه، وإذا بطل إخراجها عن نفسه تقع عن فرضه لأن الفرض يصح بمطلق النية عندنا. وقد ذكر في الفتح أيضاً لو أمره بالحج فقرن معه عمرة لنفسه لا يجوز ويضمن اتفاقاً ثم قال: ولا يقع عن حجة الإسلام عن نفسه لأن أقل ما يقع بإطلاق النية وهو قد صرفها عنه في النية وفيه نظر اه. فقله «وفيه نظر» أي لما قدمه من أنه إذا تحققت المخالفة أو عجز شرعاً عن التعيين وقعت عن نفسه، ولا شك أنه إذا قرن تحققت المخالفة فتقع الحجة

عن حجة الإسلام ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لأنه صرف نفقة الأمر إلى حج نفسه. أطلق في الأمرين فشمّل الأبوين وسيأتي إخراجهما، وقيد بالأمر بهما لأنه لو أحرم عنهما بغير أمرهما فله أن يجعله عن أحدهما لأنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما أولهما فبقي على خياره بعد وقوعه سبباً لثوابه، وأشار بالضمان إلى أنه لا يمكنه بأن يجعله عن أحدهما بعد ذلك، وقيد بكونه أحرم عنهما معاً لأنه لو أحرم عن أحدهما غير عين فالأمر موقوف، فإن عين أحدهما قبل الطواف والوقوف انصرف إليه وإلا انصرف إلى نفسه، ولا يكون مخالفاً بمجرد الإحرام المذكور لأن كلا أمره بحجة وأحدهما صالح لكل منهما صادق عليه ولا منافاة بين العام والخاص، ولا يمكن أن يصير للمأمور لأنه نص على إخراجها عن نفسه بجعلها لأحد الأمرين فلا ينصرف إليه إلا إذا وجد أحد الأمرين اللذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد، فإذا شرع في الأعمال قبل التعيين تعينت له لأن الأعمال لا تقع لغير معين ثم ليس في وسعه أن يحولها إلى غيره وإنما جعل له الشرع ذلك إلى الثواب، ولولا الشرع لم يحكم به في الثواب أيضاً. ولو أحرم بحجة من غير تعيين فإنه يصح التعيين بعده لأحدهما بالأولى، وذكر في الكافي أنه ينبغي أن يكون مجمعاً عليه لعدم المخالفة. ولو أحرم مبهماً من غير تعيين ما أحرم

عن نفسه ولذا يضمن النفقة، وإذا وقعت عن نفسه يلغو صرفها عن نفسه فكانه أحرم عن نفسه فتجزئه عن حجة الإسلام. هذا ما ظهر لي قوله (وسيأتي إخراجهما) قال الرملي: الذي يأتي ليس فيه ذلك بل سيأتي ما يفيد أنه في مسألة الأمر لا فرق، وأن موضوع مسألة الأبوين الآتية آخر الباب في المتن في جعل الثواب، وأنه لا فرق فيه أيضاً بين الأجنبي والوارث فراجعه وتأمل. ولا فرق بين الوارث والأجنبي إلا في واحدة أنه لو حج عن غيره بغير أمره إن كان وارثاً يجزئه إو شاء الله تعالى، وإلا لا. قوله (فله أن يجعله عن أحدهما) يعني إذا لم يأمره وأحرم عنهما يمكنه إيقاعه بعد عن أحدهما بخلاف ما لو أمره فإنه لا يمكنه إيقاعه عن أحدهما كما مر يعني على وجه يسقط به ضمان النفقة وحج الموقع عنه وإلا فله جعل الثواب لأحدهما حيث وقع نفلاً عن المأمور فإنه لا مانع من تبرعه بجعل ثواب عمله لمن أراد. وبهذا التقرير اندفع ما أورده الرملي من أن جعل الثواب لا يتوقف على عدم الأمر بل له ذلك مطلقاً لأنه حيث وقع الحج له فله جعل ثوابه لمن أراد اه. وسأتي ما عين ما قلنا. وأما ما اعترض به في النهر بأن من حج عن غيره بغير أمره لا يكون حاجاً عنه لما مر أي من اشتراط الأمر بل جاعلاً لثوابه له فلا يصح أن يكون التقييد بالأمر احترازاً عما إذا لم يأمره لاستوائهما في أن الحج للفاعل في الوجهين اه. فمدفوع بأن كون الأمر شرطاً لصحة النيابة لم يذكر في المتن، وإنما ذكره هو في شرحه بقوله: وبقي من الشرائط أمره به والكلام فيما يفيد كلام المتن فتدبر قوله (ولو أحرم مبهماً) اسم فاعل من الإيهام حال من فاعل «أحرم» أو اسم مفعول أي إحراماً مبهماً. وقوله «من غير تعيين ما أحرم به حال على الوجهين لبيان ما وقع الإيهام به، وقوله «لأمر معين متعلق به» أحرم» الأول. والحاصل أن المحرم به مبهم والمحرم عنه معين،

به لآمر معين فإنه يجوز بلا خلاف وهو أظهر من الكل فصور الإيهام أربعة: في واحدة يكون مخالفاً وهي مسألة الكتاب منطوقاً. وفي الثلاثة لا يكون مخالفاً وهي أن يكون الإيهام إما في الأمر أو في النسك أو فيهما، ولو أهل المأمور بالحج بحجتين أحدهما عن نفسه والأخرى عن الأمر ثم رفض التي أهل بها عن نفسه تكون الباقية عن الأمر كأنه أهل بها وحدها. وأشار المصنف إلى أن المأمور في كل موضع بصير مخالفاً فإنه يضمن النفقة، فمنها ما إذا أمره بالإفراد بحجة أو عمرة فقرن فهو ضامن للنفقة عنده خلافاً لهما، ومنها ما إذا أمره بالحج فاعتمر ثم حج من مكة لأنه مأمور بحج ميقاتي وما أتى به مكى بخلاف ما إذا أمره بالعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه لم يكن مخالفاً والنفقة في مدة إقامته للحج في ماله لأنه أقام في منفعة نفسه بخلاف ما إذا حج أولاً ثم اعتمر للأمر فإنه يكون مخالفاً لأنه جعل المسافة للحج وأنه لم يؤمر به وإن كانت الحجة أفضل من العمرة لأنه خلاف من حيث الجنس كالوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار. كذا في المحيط.

وفي فتح القدير: والحاج عن غيره إن شاء قال لبيك عن فلان وإن شاء اكتفى بالنية عنه، وليس للمأمور أن يأمر غيره بما أمر به عن الأمر وإن مرض في الطريق إلا أن يكون وقت الدفع قيل له اصنع ما شئت، فحينئذ له أن يأمر غيره به وإن كان صحيحاً، فلو أحج رجلاً فحج ثم أقام بمكة جاز لأن الفرض صار مؤدى والأفضل أن يحج ثم يعود إلى أهله ا هـ. ثم اعلم أن النفقة ما يكفيه لذهابه وإيابه وأنه لا يخلو إما أن يكون المحجوج عنه حياً أو

وعامة النسخ هنا معرفة والصواب هذه قوله (فصور الإيهام أربعة) وهي أن يهل بحجة عنهما أو عن أحدهما على الإيهام أو بحجة من غير تعيين للمحجوج عنه أو يحرم عن أحدهما يعينه بلا تعيين لما أحرم به. كذا في الفتح. فالثالثة الإيهام فيها عكس الرابعة وفي الحقيقة لا إيهام في الصورة الثالثة قوله (وفي الثالثة لا يكون مخالفاً) كذا في أغلب النسخ، وفي بعضها بزيادة قوله وهي أن يكون الإيهام إما في الأمر أو في النسك أو فيهما، والصواب إسقاطها إذ ليس من الصور ما يكون الإيهام فيها في النسك والأمر قوله (لأنه مأمور بحج ميقاتي الخ) يفهم منه أنه لو خرج إلى الميقات وأحرم منه أنه يصح لكن يرد عليه أنه لما اعتمر جعل سفره للعمرة ولم يؤمر به فيكون مخالفاً كما يفيد قوله الآتي «لأنه جعل المسافة الخ» وقدمنا الكلام على المسألة قبيل باب الإحرام فراجع، وقدمنا شيئاً من ذلك قريباً في هذا الباب. وفي اللباب: الثالث عشر أي من الشروط عدم المخالفة فلو أمره بالإفراد أو العمرة فقرن أو تمتع ولو للميت لم يقع حجه عن الأمر ويضمن النفقة. وقال في شرحه: ولعل وجهه أنه مأمور بتجريد السفر للحج عن الميت فإنه المفروض عليه وينصرف الأمر إليه إلا أنه يشكل إذا أمره بإفراد العمرة ثم إتيان الحج بعده أو صرح بالتمتع في سفره أو تفويض الأمر إليه ا هـ قوله (بخلاف ما إذا حج أولاً) مرتبط بقوله «لم يكن مخالفاً» قوله (لأنه لو لم يظهر في الآخرة) تعليل

ميتاً، فإن كان حياً فإنه يعطيه بقدر ما يكفيه كما ذكرنا، فإن أعطاه زائداً على كفايته فلا يحل للمأمور ما زاد بل يجب عليه رده إلى صاحبه إلا إذا قال وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقبضه لنفسك، فإن كان على موت قال والباقي مني لك وصية، وإن كان قد أوصى بأن يحج عنه ثم مات، فإما أن يعين قدراً أو لا، فإن عين قدراً أتبع ما عينه حتى لا يجوز النقص عنه إذا كان يخرج من الثلث كما سيأتي تفصيله قريباً في مسألة الوصية، ولهذا قال في المحيط: رجل مات وترك ابنين وأوصى بأن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فأنكر أحدهما وأقر الآخر. وأخذ كل واحد منهما نصف المال، ثم إن المقر دفع مائة وخمسين يحج بها عن الميت، ثم أقر الآخر إن أحج يأمر القاضي يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين درهماً لأنه جاز الحج عن الميت بمائة وخمسين وبقي مائة وخمسون ميراثاً لهما فيكون لكل واحد نصفه، وإن أحج بغير أمر القاضي فإنه يحج مرة أخرى بثلاثمائة لأنه لم يجز الحج عن الميت لأنه أمره بثلاثمائة هـ. ومع التعيين المذكور لا يحل للمأمور المذكور ما فضل بل يرده على ورثته، ولهذا قالوا: لو أوصى بأن يعطى بغيره هذا رجلاً ليحج عنه فدفع إلى رجل فأكرهه الرجل فأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشياً جاز عن الميت استحساناً وإن خالف أمره. وصححه في المحيط. وقال أصحاب الفتاوى: هو المختار لأنه لما ملك أن يملك رقبتهما بالبيع ويحج بالثمن استحساناً هو المختار فلأن يملك أن يملك منفعتها بالإجارة ويحج ببدل المنفعة كان أولى لأنه لو لم يظهر في الآخرة أنه يملك ذلك يكون الكراء له لأنه غاصب والحج له فيتضرر الميت ثم يرد البعير إلى ورثة الميت لأنه ملك المورث هـ. وهذه المسألة خرجت عن الأصل للضرورة فإن الأصل أن المأمور بالحج راكباً إذا حج ماشياً فإنه يكون مخالفاً وإن لم يعين الموصي قدراً فإن الورثة يحجون عنه من الثلث بقدر الكفاية. ولهذا قال الولوالجي في فتاواه: رجل مات وأوصى أن يحج عنه ولم يقدر فيه مالاً، فالوصي إن أعطى إلى رجل ليحج عنه في محمل احتاج إلى ألف ومائتين، وإن حج راكباً لا في محمل يكفيه الألف وكل ذلك يخرج من الثلث يجب أقلهما لأنه هو المتيقن هـ. فالحاصل أن المأمور لا يكون مالكاً لما أخذه من النفقة بل يتصرف فيه على ملك المحجوج عنه حياً كان أو ميتاً، معيناً كان القدر أو غير معين، ولا يحل له الفضل إلا بالشرط المتقدم. سواء كان الفضل كثيراً أو يسيراً كيسير من الزاد كما صرح به في الفتاوى الظهيرية، وينبغي أن تكون كذلك الحجة المشروطة من جهة الواقف كما شرط سليمان باشا بوقفه بمصر قدراً معيناً لمن يحج عنه كل سنة فإنه يتبع شرطه، ولا يحل للمأمور ما فضل منه بل يجب رده إلى الوقف.

وهذا كله إذا أوصى بأن يحج عنه، أما إذا قال أحجوا فلاناً حجة ولم يقل عني ولم يسم

الأولوية والآخرة بحركات أي آخر الأمر واسم الإشارة إلى ملك المنفعة بالإجارة قوله (وإن لم يعين

كم يعطي فإنه يعطي قدر ما يحج به ويكون ملكاً له وإن شاء حج به وإن شاء لم يحج وهو وصية كما في المبسوط وغيره. فإذا عرف ذلك فللمأمور بالحج أن ينفق على نفسه بالمعروف ذاهباً وآيماً ومقيماً من غير تبذير ولا تقتير في طعامه وشرابه وثيابه وركوبه وما لا بد له منه من محمل وقربة وأدوات السفر، فلو توطن بمكة بعد الفراغ فإن كان لانتظار القافلة فنفقته في مال الميت وإلا فمن مال نفسه. وما ذكره أكثر المشايخ من أنه إذا توطن خمسة عشر يوماً فنفقته عليه، فمحمول على ما إذا كان لغير عذر وهو عدم خروج القافلة، وكذا ما ذكره بعضهم من اعتبار الثلاث. وإذا صارت النفقة عليه بعد خروجها ثم بدا له أن يرجع رجعت نفقته في مال الميت لأنه كان استحق نفقة الرجوع. في مال الميت وهو كالتاشزة، إذا عادت إلى المنزل والمضارب إذا أقام في بلد أو بلدة أخرى خمسة عشر يوماً لحاجة نفسه. وفي البدائع: هذا إذا لم يتخذ مكة داراً، فإما إذا اتخذها داراً ثم عاد لا تعود النفقة بلا خلاف. وإن أقام بها من غير نية الإقامة قالوا: إن كانت الإقامة معتادة لم تسقط، وإن زاد على المعتاد سقطت، ولو تعجل إلى مكة فهي في مال نفسه إلى أن يدخل عشر ذي الحجة فتصير في مال الأمر. ولو سلك طريقاً أبعد من المعتاد إن كان مما سلكه الناس ففي مال الأمر وإلا ففي ماله، وله أن ينفق على نفسه نفقة مثله من طعام ومنه اللحم والكسوة ومنه ثوباً إحرامه وأجرة من يخدمه إن كان ممن يخدم، وليس له أن ينفق ما فيه ترفيه كدهن السراج والادهان والتدوي والاحتجام وأجرة الحمام والحلاق إلا أن يوسع عليه. واختار في المحيط والخانية أن يعطي أجرة الحمام والحارس، وصرح الولوالجي بأنه المختار وقالوا: له أن يشتري حماراً يركبه. وذكر الولوالجي بأنه مكروه والجمل أفضل لأن النفقة فيه أكثر. وليس له أن يدعو أحداً إلى طعامه ولا يتصدق به ولا يقرض أحداً ولا يصرف الدراهم بالدنانير ولا يشتري بها ماء لوضوئه، ولو اتجر في المال ثم حج بمثله فالأصح أنها عن الميت. ويتصدق بالريج كما لو خلطها بدراهمه حتى صار ضامناً ثم حج بمثلها. وله أن يخلط الدراهم للنفقة مع الرقعة للعرف. كذا في المحيط.

قوله: (ودم الإحصار على الأمر ودم القرآن ودم الجناية على المأمور) لأن الأمر هو الذي أدخله في هذه العهدة فعليه خلاصه. وأراد من الأمر المحجوج عنه فشمّل الميت فإن دم الإحصار من ماله ثم قيل هو من ثلث ماله لأنه صلة كالزكاة وغيرها، وقيل من جميع المال لأنه وجب حقاً للمأمور فصار ديناً. كذا في الهداية. وإذا تحلل المأمور المحصر بذبح الهدى فعليه الحج من قابل بمال نفسه ولا يكون ضامناً للنفقة كفائت الحج لعدم المخالفة، وعليه

الموصى قدرأ) معطوف على قوله «فإن عين قدرأ اتبع» قوله (وهو عدم خروج القافلة) الضمير عائد على «عذر» المضاف إلى «غير» قوله (قالوا إن كانت إقامة معتادة لم تسقط) ظاهره ولو بلا عذر انتظار القافلة ولو أكثر من خمسة عشر يوماً فهو مخالف لما قبله. قوله (وعليه الحج من قابل بمال نفسه)

ودم الإحصار على الأمر ودم القران والجناية على المأمور فإن مات في طريقه

الحج من قابل بمال نفسه. كذا قالوا: ولم يصرحوا بأنه في الإحصار والفوات إذا قضى الحج هل يكون عن الأمر أو يقع للمأمور: وإذا كان للأمر فهل يجبر على الحج من قابل بمال نفسه. وإنما وجب دم القران على المأمور باعتبار أنه وجب شكراً لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل منه وإن كان الحج يقع عن الأمر لأنه وقوع شرعي، وجوب دم الشكر مسبب عن الفعل الحقيقي الصادر من المأمور. وأطلق في القران فشمّل ما إذا أمره واحد بالقران فقرن، أو أمره واحد بالحج وآخر بالعمرة وأذن له في القران، وبقي صورتان يكون بالقران فيهما مخالفاً: إحداها ما إذا لم يأذن له بالقران فقرن عنهما ضمن نفقتهما. الثانية ما إذا أمره الحج مفرداً فقرن فإنه يكون ضامناً للنفقة لا لأن الأفراد أفضل من القران بل لأنه أمره بإفراد سفر له وقد خالف، وفي الثانية خلافهما، هما يقولان هو خلاف إلى خير، وهو يقول إنه لم يأمره بالعمرة ولا ولاية لأحد في إيقاع نسك عن غيره بغير أمره فصار كما لو أمره بالإفراد فتمتع فإنه يكون مخالفاً اتفاقاً.

مكرر مع ما قبله وأظن أنه تغيير من سبق القلم والأصل: وعليه الحج من قابل في نفسه لأن عبارة السراج عن الكرخي: فلا يلزمه الضمان وعليه في نفسه الحج من قابل لأن الحج لزمه بالدخول إلى آخر ما يأتي عن النهر قوله (ولم يصرحوا بأنه في الإحصار والفوات الخ) قال في النهر: علله في السراج بأن الحج لزمه بالدخول، فإن فات لزمه قضاؤه وهو ظاهر على قول محمد أن الحج يقع عن الحاج اه. يعني وعلى قول غيره من أنه يقع عن الأمر فينبغي أن يكون القضاء عنه وتلزمه النفقة اه. قلت: رأيت في التارخانية ما هو صريح في الجواب قال: وفي المنتقى إذا أوصى أن يحج عنه فأحج الوصي عنه رجلاً فأحرم الرجل بالحج عن الميت ثم قدم وقد فاته الحج قال محمد رحمه الله: يحج عن الميت من بلده إذا بلغت النفقة وإلا فمن حيث بلغ، وعلى المحرم قضاء الحج الذي فات عن نفسه ولا ضمان عليه فيما أنفق ولا نفقة له بعد الفوت اه. وفيها قبل هذا بنحو ورقة التهذيب قال أبو يوسف: الحاج عن الغير إذا فسد حجه قبل الوقوف عليه ضمان النفقة وعليه الحج الذي أفسده وعمرة وحجة للأمر، ولو فاته الحج لا يضمن لأنه أمين وعليه قضاء الفائت وحج عن الأمر ثم قال: وفي الحاوي وإن كان شغله حوائج نفسه حتى فاته الحج فإنه ضامن للنفقة، ولو حج بعد ذلك من قابل من ماله عن الميت يجوز عن الميت اه. نقله في السراج ثم قال: وقال زفر: لا يجزئه عنه ويضمن المال، وإن فاته الحج بأفة سماوية أو بمرض أو سقط من البعير قال محمد: لا يضمن النفقة ونفقته في رجوعه من ماله خاصة. ثم نقل عن الكرخي ما قدمناه من أنه لا يلزمه الضمان وعليه في نفسه الحج من قابل إلى آخر ما ذكره في النهر، والذي تحرر من هذه النقول أنه إما أن يفوته بتقصيره أو لا، ففي الأول يضمن النفقة ويحج من قابل عن الميت من ماله كما في الحاوي، وفي الثاني لا يضمن النفقة ويحج من قابل عن نفسه على ما في المنتقى والسراج، وأما على ما في التهذيب فعن

يجب عنه من منزله بثلاث ما بقي ومن أهل بحج عن أبيه فعين صح.

وأراد بالقران دم الجمع بين النسكين قراناً كان أو تمتعاً كما صرح به غاية البيان لكن بالإذن المتقدم. وأطلق في دم الجناية فشمّل دم الجماع ودم جزاء الصيد ودم الحلق ودم لبس المخيط والطيب ودم المجاوزة بغير إحرام، وإنما وجب على المأمور وحده باعتبار أنه تعلق بجنائته لكن في الجناية بالجماع تفصيل إن كان قبل الوقوف ضمن جميع النفقة لأنه صار مخالفاً بالإفساد، وإن بعده فلا ضمان والدم على المأمور على كل حال. وإذا فسد حجه لزمه الحج من قابل بمال نفسه وفيه ما تقدم من التردد في وقوعه عن الأمر. ولو أتم الحج إلا طواف الزيارة فرجع ولم يطفه فهو حرام على النساء ويعود بنفقة نفسه ويقضي ما بقي عليه لأنه جاز في هذه الصورة، أما لو مات بعد الوقوف قبل الطواف جاز عن الأمر لأنه أدى الركن الأعظم. كذا قالوا، وقد قدمنا في أول كتاب الحج فيه بحثاً وأعظمية أمرها إنما هو للأمن من الإفساد بعده لا لأنه يكفي فيجب على الأمر الإحجاج. وفي فتح القدير: وأما دم رفض النسك ولا يتحقق ذلك إذا تحقق إلا في مال الحاج ولا يبعد لو فرض أنه أمره بحجتين معاً ففعل حتى ارتفضت إحداها كونه على الأمر ولم أره والله سبحانه أعلم اهـ. ولو اختلف المأمور والورثة أو الوصي فقال وقد أنفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لا يصدق ويضمن إلا أن يكون أمراً ظاهراً يشهد على صدقه لأن سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق في دفعه إلا بظاهر يدل على صدقه. ولو اختلفا فقال حججت وكذبه الأمر كان القول للمأمور مع يمينه لأنه يدعي الخروج عن عهدة ما هو أمانة في يده ولا تقبل بينة الوارث أو الوصي أنه كان يوم النحر بالبلد لأنها شهادة على النفي إلا أن يقيما على إقراره أنه لم يحج، أما لو كان الحاج مديوناً للميت أمره أن يحج بماله عليه، وباقي المسألة بحالها فإنه لا يصدق إلا ببينة لأنه يدعي قضاء الدين. هكذا في كثير من الكتب. وفي خزنة الأكمّل: القول له مع يمينه إلا أن يكون للورثة مطالب بدين الميت فإنه لا يصدق في حق غريم الميت إلا بالحجة والقواعد تشهد للأول فكان عليه العول.

الأمر، والظاهر أن الأول قول محمد كما صرح به في المنتقى، والثاني قول أبي يوسف كما هو ظاهر عبارة التهذيب، ويدل عليه ما مر في النهر عن السراج ثم على ما في التهذيب من أنه عن الأمر. ظاهر قوله «وعليه قضاء الفائت وحج عن الأمر» أنه يجبر عليه من ماله، والظاهر أن قوله «وحج عن الأمر» هو المراد بقضاء الفائت لا غيره تأمل قوله (وفيه ما تقدم من التردد في وقوعه عن الأمر) قد علمت مما مر عن التتارخانية عن التهذيب أنه إذا أفسده قبل الوقوف عليه قضاء الحج الذي أفسده وعمره وحجة للأمر. وصرح في المعراج بأن الأصح أن عليه حجة أخرى للأمر سوى القضاء فيحج عن نفسه ثم عن الأمر اهـ. قوله (فيجب على الأمر الإحجاج) لا يخفى أنه بحث مع المنقول وقد مر

قوله: (فإن مات في طريقه يحج عنه من منزله بثلاث ما بقي) هذه العبارة تحتمل شيئين: الأول أن يكون فاعل مات المأمور بالحج فمعنى المسألة أن الوصي إذا أحج رجلاً عن الميت فمات الرجل في الطريق فإنه يحج عن الميت الموصي من منزله بثلاث ما بقي من المال كله، وعلى هذا الوجه اقتصر الشارحون مع ما فيه من التعقيد في الضمائر فإن ضمير «مات» يرجع إلى المأمور، وضمير «عنه» و«منزله» يرجع إلى الموصي. الثاني أن يكون فاعل «مات» هو الموصي فيتحد مرجع الضمائر وهو صحيح فإنه إذا مات بعدما خرج حاجاً وأوصى بالحج فإنه يحج عنه من منزله بثلاث تركته، ويصدق عليه أنه بثلاث ما بقي أي بعد الإنفاق في الطريق. فالحاصل أن الأمر إما أن يكون حياً وقت الإحجاج أو ميتاً، فإن كان حياً ومات المأمور في الطريق فإنه يحج إنساناً آخر من منزله على كل حال لأنه حي يرجع إليه، ولهذا لو أمر إنساناً بأن يحج عنه ودفع له مالاً فلم تبلغ النفقة من بلده لم يحج عنه من حيث تبلغ كالميت لأنه يمكن الرجوع إليه فيحصل الاستدراك بخلاف الميت. كذا في الولوالجية. وإن كان ميتاً وأوصى بأن يحج عنه فلا يخلو إما أن يكون قدم خرج حاجاً بنفسه ومات في الطريق أو لا، وفي كل منهما لا يخلو إما أن أطلق الوصية أو عين المال والمكان، فإن أوصى بأن يحج عنه وأطلق يحج عنه من ثلث ماله لأنه بمنزلة التبرعات، فإن بلغ ثلثه أن يحج عنه من بلده وجب الإحجاج من بلده لأن الواجب عليه الحج من بلده الذي يسكنه، وكذا إن خرج لغير الحج ومات في الطريق وأوصى. وأما إذا خرج للحج ومات في الطريق وأوصى فإنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة. وقالوا: يحج من حيث مات. وعلى هذا الخلاف المأمور في الحج إذا مات في الطريق فإنه يحج عن الموصي من منزله بثلاث ما بقي من التركة، وكذا لو مات الثاني أو الثالث إلى أن لا يبقى شيء يمكن أن يحج بثلثه عند أبي حنيفة. وإن كان

جوابه عن المقدسي قوله (ويصدق عليه أنه بثلاث ما بقي الخ) قال في النهر: لا يخفى أن المتبادر من ثلث ما بقي يعني من التركة على أن المصنف رمز على صحة الخلاف بقوله «من منزله وبثلاث ما بقي» وعلى ما ادعى لا خلاف أنه يحج عنه بثلاث تركته اهـ. والمراد بالخلاف ما سنذكره عن الفتح قوله (وعلى هذا الخلاف المأمور بالحج الخ) أي يحج عنه من منزله عنده، وعندهما من حيث مات، ثم عنده يحج عنه من ثلث ما بقي. وقال محمد: ينظر إن بقي من المدفوع شيء حج به وإلا بطلت الوصية. وقال أبو يوسف: إن كان المدفوع تمام الثلث كقول محمد، وإن كان بعضه يكمل فإن بلغ باقيه ما يحج به وإلا بطلت مثلاً كان المخلف أربعة آلاف دفع الوصية ألفاً فهلكت يدفع إليه ما يكفيه من ثلث الباقي أو كله وهو ألف، فإن هلكت الثانية دفع إليه من ثلث الباقي بعدها هكذا مرة بعد مرة إلى أن لا يبقى ما ثلثه يبلغ الحج فيبطل. وعند أبي يوسف: يأخذ ثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث فإنها مع تلك الألف ثلث الأربعة آلاف فإن كفت وإلا بطلت الوصية. وعند محمد: إن فضل من

للموصي أوطان حج عنه من أقرب أوطانه إلى مكة لأنه متيقن به، وإن لم يكن له وطن فمن حيث مات. فلو مات مكّي بالكوفة وأوصى بحجة حج عنه من مكة وإن أوصى بالقران قرن من الكوفة لأنه لا يصح من مكة، فإن أحج عنه الوصي من غير وطنه مع ما يمكن الإحجاج من وطنه من ثلث ماله فإن الوصي يكون ضامناً ويكون الحج له ويحج عن الميت ثانياً إلا إذا كان المكان الذي أحج منه قريباً إلى وطنه من حيث يبلغ إليه ويرجع إلى الوطن قبل الليل، فحينئذ لا يكون ضامناً مخالفاً. هذا كله إن بلغ ثلث ماله، فإن لم يبلغ الإحجاج من بلده حج عنه من بلده حج عنه من حيث يبلغ استحساناً، وإن بلغ الثلث أن يحج عنه ركباً فأحج عنه ماشياً لم يحز، وإن لم يبلغ إلا ماشياً من بلده قال محمد: يحج عنه من حيث بلغ ركباً. وعن أبي حنيفة أنه مخير بين أن يحج عنه من بلده ماشياً أو ركباً من حيث تبلغ. هذا إذا أطلق، وأما إذا عين مكاناً اتبع لأن الإحجاج لا يجب بدون الوصية فيجب بمقدارها. وهذا كله إذا كان الثلث يكفي لحجة واحدة، فإن كان يكفي لحجج فهو على ثلاثة أقسام: إما أن يعين حجة واحدة أو يطلق أو يعين في كل سنة حجة؛ ففي الأول يحج عنه واحدة وما فضل فهو لورثته، وفي الثاني خير الوصي إن شاء أحج عنه في كل سنة حجة وإن شاء أحج عنه في سنة واحدة حججاً وهو الأفضل لأنه تعجيل تنفيذ الوصية لأنه ربما هلك المال، وفي الثالث كالثاني ولم يذكر في الأصل لأن شرط التفريق لا يفيد فصار كالإطلاق كما لو أمر الموصي رجلاً بالحج في هذه السنة فأخره المأمور إلى القابل فإنه يجوز عن الميت، ولا يضمن النفقة لأن ذكر السنة للاستعجال لا للتقييد. ولو أوصى بأن يحج عنه بثلث ماله أو أطلق فهلك النفقة في يد المأمور؛ قال أبو حنيفة: يحج عنه بثلث ماله. وقال أبو يوسف: بما بقي من ثلث ماله. وأبطله محمد.

وهذا كله إذا لم يعين الموصي قدراً فإن عين قدراً من المال فإن بلغ ذلك أن يحج عنه من بلده وجب وإلا فمن حيث يبلغ ولو عين أكثر من الثلث يحج عنه بالثلث من حيث يبلغ بخلاف الوصية بشراء عبد بأكثر من الثلث وإعتاقه عنه فإنها باطلة لأن في العتق لا يجوز النقصان عن المسمى. كذا في المحيط وغيره. وذكر الولوالجي في فتاواه: لو أوصى بأن يحج عنه من ثلث ماله ولم يقل حجة حج عنه من جميع الثلث لأنه أوصى بصرف جميع الثلث إلى الحج لأن كلمة «من» للتمييز عن أصل المال. ولو دفع الوصي الدراهم إلى رجل ليحج عن الميت فأراد أن يسترد كان له ذلك ما لم يحرم لأن المال أمانة في يده، فإن استرده فنفقته إلى

الألف الأولى ما يبلغ وإلا بطلت فالخلاف في موضعين فيما يدفع ثانياً وفي المحل الذي يجب الإحجاج منه ثانياً وتماه في الفتح قوله (فهلك النفقة الخ) قال في الخانية: ولو ضاع مال النفقة بمكة أو بقرب منها أو لم يبق مال النفقة فأنفق المأمور من مال نفسه كان له أن يرجع في مال الميت

بلده على من تكون إن استرد بخيانة ظهرت منه فالنفقة في ماله خاصة، وإن استرد لا بخيانة ولا تهمة فالنفقة على الوصي في ماله خاصة، وإن استرد لضعف رأي فيه أو لجهله بأمور المناسك فأراد الدفع إلى أصلح منه فنفقته في مال الميت لأنه استرد لمنفعة الميت اهـ. وفي فتح القدير: لو أوصى أن يحج عنه ولم يزد على ذلك كان للوصي أن يحج بنفسه إلا أن يكون وارثاً، وإن دفعه إلى وارث ليحج فإنه لا يجوز إلا أن تجيز الورثة وهم كبار لأن هذا كالتبرع بالمال فلا يصح للوارث إلا بإجازة الباقين، ولو قال الميت للوصي ادفع المال لمن يحج عني لم يجز له أن يحج بنفسه مطلقاً. وفي الظهيرية: ولو كان ثلث ماله قدر ما لا يمكن الإحجاج عنه بطلت الوصية. وفي التجنيس: رجل أوصى بأن يحج عنه فحج عنه ابنه ليرجع في التركة فإنه يجوز كالدين إذا قضاه من مال نفسه، ولو حج على أن لا يرجع فإنه لا يجوز عن الميت لأنه لم يصحل مقصود الميت وهو ثواب الإنفاق، وعلى هذا الزكاة والكفارة، ومثله لو قضى عنه دينه متطوعاً جاز لأن الحج عن الكبير العاجز بغير أمره لا يجوز وقضاء الدين بغير أمره في حالة الحياة يجوز، فكذا بعد الموت رجل مات وعليه حجة الإسلام فحج عنه رجل بإذنه ولم ينو فرضاً ولا نفلاً فإنه يجوز عن حجة الإسلام، ولو نوى تطوعاً لا يجوز عن حجة الإسلام اهـ. وفي عمدة الفتاوى للمصدر الشهيد: لو قال حجوا من ثلثي حجتي يكتفي بواحدة والباقي للورثة إن فضل اهـ. وهو مشكل على ما تقدم من المحيط والولولجية وهو مبني على الفرق بين أن يوصي من الثلث وبين أن يوصي بجميع الثلث. وذكر في آخر العمدة من الرصايا: لو أوصى بأن يحج عنه بالآلف من ماله فأحج الوصي من مال نفسه ليرجع ليس له ذلك لأن الوصية باللفظ فيعتبر لفظ الموصي وهو أضاف المال إلى نفسه فلا يبدل اهـ. وفي العدة: امرأة تركت مهرها على الزوج ليحج بها وحج بها فعليه المهر لأنه بمنزلة الرشوة وهي حرام اهـ. وذكر الأسبجاي أنه لا يجوز الاستئجار على الحج ولا على شيء من الطاعات، فلو استؤجر على الحج ودفع إليه الأجر فحج عن الميت فإنه يجوز عن

وإن فعل ذلك بغير قضاء لأنه لما أمره بالحج فقد أمره بأن يتفق عنه قوله (فحج عنه ابنه ليرجع في التركة فإنه يجوز) وكذا لو أحج الوارث رجلاً من مال نفسه ليرجع كما في الخانية. ولينظر لم جاز في هذين المسألتين حج الوارث وإحجاجه ولم يجز حجه في المسألة المارة قريباً عن الفتح إلا بإجازة الورثة اللهم إلا أن يقال ما هنا محمول على ما إذا لم يكن وارث غيره قوله (ولو حج على أن لا يرجع فإنه لا يجوز) كذا في الخانية حيث قال: الميت إذا أوصى بأن يحج عنه بماله فتبرع عنه الوارث أو الأجنبي لا يجوز اهـ. لكن قال بعده: ولو أوصى بأن يحج عنه فأحج الوارث من مال نفسه لا ليرجع عليه جاز للميت عن حجة الإسلام فقد فرق في مسألة عدم الرجوع بين ما إذا حج بنفسه وبين ما إذا أحج غيره عن الميت ولم يذكر وجه الفرق فلينظر. نعم قد يفرق بأنه في الأولى أوصى بأن يحج بماله دون الثانية لكن ليس في كلام التجنيس والخانية ذلك قوله (فلو استؤجر الحج الخ) قال في الفتح بعد أن

الميت وله من الأجر مقدار نفقة الطريق في الذهاب والمجيء ويرد الفضل على الورثة لأنه لا يجوز الاستئجار عليه، ولا يحل له أن يأخذ الفضل لنفسه إلا إذا تبرع الورثة به وهم من أهل التبرع، أو أوصى الميت بأن الفضل للحاج. وقال بعض مشايخنا: لا تجوز هذه الوصية لأن الموصى له مجهول إلا أن الأول أصح لأن الموصى له يصير معروفاً بالحج كما لو أوصى بشراء عبد بغير عينه ويعتق ويعطى له مائة درهم فإنها جائزة. وقال بعضهم: لا تجوز اهـ. وأراد المصنف بموته في الطريق موته قبل الوقوف بعرفة ولو كان بمكة. وفي المحيط: ولو دفع إلى رجل مالاً ليحج به عنه فأهل بحجة ثم مات الأمر فللورثة أن يأخذوا ما بقي من المال معه ويضمنونه ما أنفق منه بعد موته، ولا يشبه الورثة الأمر في هذا لأن نفقة الحج كنفقة ذوي الأرحام فتبطل بالموت ويرجع المال إلى الورثة اهـ.

قوله: (ومن أهل بحج عن أبويه فعين صح) لأنه جعل الثواب للغير وهو لا يحصل إلا

ذكر أن ما ينفقه المأمور إنما هو على حكم ملك الميت لأنه لو كان ملكه لكان بالاستئجار ولا يجوز الاستئجار على الطاعات، وعن هذا قلنا لو أوصى أن يحج عنه ولم يزد على ذلك إلى آخر المسألة التي قدمها المؤلف عنه ثم قال: وإذا علم هذا فما في فتاوى قاضيخان من قوله «إذا استأجر المحبوس رجلاً ليحج عنه حجة الإسلام جازت الحجة عن المحبوس إذا مات في الحبس وللأجير أجر مثله» مشكل لا جرم أن الذي في الكافي للحاكم أبي الفضل في هذه المسألة قال: وله نفقة مثله هي العبارة المحررة. وزاد إيضاحها في المبسوط فقال: وهذه النفقة ليس يستحقها بطريق العرض بل بطريق الكفاية لأنه فرغ نفسه لعمل ينتفع به المستأجر. هذا وإنما جاز الحج عنه لأنه لما بطلت الإجارة بقي الأمر بالحج فتكون له نفقة مثله اهـ. وأجيب عن قاضيخان بأنه أراد ما قاله الحاكم غير أنه عبر عن نفقة المثل بأجر المثل لمشكلة صفة العبارة المناسبة للفظ الإجارة، واعترض بأن المشاكلة إنما تحسن في المقامات الخطابية لا في إفادة الأحكام الشرعية. قيل: وينبغي جواز الاستئجار بناء على المفتي به من جواز الاستئجار على الطاعات اهـ. وفيه نظر يظهر مما قدمناه أول الباب، وقد نص في المتن والمختار والمواهب والمجمع وغيرها من المتون المعتمدة على عدم جوازها على الحج وغيره من الطاعات، واستثنى في المتن تعليم القرآن، وزاد صدر الشريعة الفقه، وزاد في المجمع والمختار الإمامة، وزاد بعضهم الأذان، وقد جمع الأربعة في متن التنوير وقد صرح الشرنبلالي في رسالته بلوغ الأرب بأنه لم يذكر أحد من مشايخنا جواز الاستئجار على الحج. وما قيل إنه صرح به القهستاني فغير صحيح، نعم صدر كلامه موهم لذلك ولكن يرفعه التعليل كما يعلم من مراجعته، ولو سلم فلا يعتبر بما ينفرد به كما هو مشهور كما لا عبرة بما ينفرد به الزاهدي، كيف ولو صح يلزمه هدم كثير من الفروع منها ما مر عن الكمال، ومنها وجوب رد الزائد من النفقة إلا بالشرط السابق، ومنها اشتراط الإنفاق بقدر مال الأمر أو أكثره وغيرها مما يظهر للمتأمل المتبع إذ لو صحت الإجارة لما لزم شيء من ذلك. هذا ما ظهر لي والله تعالى أعلم قول المصنف (ومن أهل بحج عن أبويه فعين صح) قال في

بعد الأداء فالتية قبله لهما لغو، فإذا فرغ وجعله لأحدهما أولهما فإنه يجوز بخلاف ما إذا أهل عن أمره ثم عين لما تقدم أنه صار مخالفاً. وبهذا علم أن التعيين بعد الإبهام ليس بشرط وإنما ذكره ليعلم منه حكم عدم التعيين بالأولى لأنه بعد أن جعله لهما يملك صرفه عن أحدهما فلأن يبقيه لهما أولى. وبهذا علم أن الأجنبي كالوارث في هذا فإن من تبرع عن أجنبيين بالحج فهو كالولد عن الأبوين لأن المجهول إنما هو الثواب فله أن يجعله لمن شاء. وعلم أيضاً أنه في الوارث المتبرع من غير وصية، أما إذا أوصى بحجة الفرض فتبرع الوارث بالحج فقد قدمنا أنه لا يجوز. وإن لم يوص فتبرع الوارث إما بالحج بنفسه أو بالإحجاج عنه رجلاً فقد قال أبو حنيفة: يجوز إن شاء الله تعالى لحديث الخثعمية فإنه شبهه بدين العباد وفيه لو قضى الوارث من غير وصية يجوز فكذا هذا. وفي المبسوط: فإن قيل فقد أطلق أبو حنيفة الجواب في كثير من الأحكام الثابتة بخبر الواحد ولم يقيد بالمشيئة قلنا: إن خبر الواحد يوجب العمل فيما طريقه العمل فأطلق الجواب فيه، فأما سقوط حجة الإسلام عن الميت بأداء الورثة طريقه العلم فإنه أمر بينه وبين ربه تعالى فلهذا قيد الجواب بالاستثناء اهـ. وذكر الولوالجي أن قوله إن شاء الله تعالى على القبول لا على الجواز لأنه شبهه بقضاء الدين، ومن تبرع بقضاء دين رجل كان صاحب الدين بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل فكذا في باب الحج اهـ. ثم اعلم أن حج الولد عن والده ووالدته مندوب للأحاديث كما في فتح القدير، ثم المصنف رحمه الله تعالى لم يقيد الحاج عن الغير بشيء ليفيد أنه يجوز إحجاج الضرورة وهو

الشرنبلالية: يفيد بطريق أولى أنه إذا أهل عن أحدهما على الإبهام له أن يجعلها عن أحدهما بعينه كما في الفتح. وتعليل المسألة بأنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما يفيد وقوع الحج عن الفاعل فيسقط به الفرض عنه وإن جعل ثوابه لغيره. قال في الفتح: ومبناه على أن نيته لهما تلغو بسبب أنه غير مأمور من قبلهما أو أحدهما فهو معتبر فتقع الأعمال تعنه ألبتة وإنما يجعل لهما الثواب، ويفيد ذلك ما في الأحاديث التي رواها الكمال بقوله: اعلم أن فعل الولد ذلك مندوب إليه جداً لما أخرجه الدار قطني عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عنه عليه السلام لمن حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرمًا بعث يوم القيامة مع الأبرار. وأخرج أيضاً عنه رضي الله تعالى عنه أنه عليه السلام قال «من حج عن أبيه وأمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج» وأخرج أيضاً عن زيد بن أرقم رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ «إذا حج عن والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما وكتب عند الله برًا» اهـ قلت: وقول الفتح «ومبناه على أن نيته لهما تلغو الخ» يفيد أنه لو كان مأموراً لا تلغو فلا تقع الأعمال عنه مسقطه للفرض فيصلح رداً لما ذكره الباقراني فيما مر لكن يعكر على ما تقدم ما يأتي قريباً من أنه إذا لم يوص فتبرع الوارث إما بالحج بنفسه أو بالإحجاج عنه رجلاً يجوز أي يجوز الميت عن حجة الإسلام كما يذكره عن المبسوط،

الذي لم يحج أولاً عن نفسه لكنه مكروه كما صرحوا به. واختار في فتح القدير أنها كراهة تحریم للنهي الوارد في ذلك. وفي البدائع: يكره إحجاج المرأة والعبد والضرورة والأفضل إحجاج الحر العالم بالمناسك الذي حج عن نفسه، وهو يدل على أنها كراهة تنزيه وإلا قال: ويجب إحجاج الحر إلى آخره والحق أنها تنزيهية على الأمر تحريمية على الضرورة المأمور الذي اجتمعت فيه شروط الحج ولم يحج عن نفسه لأنه آثم بالتأخير والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

ويبعد أن يقال بجزئ عنهما كما يوهمه ظاهر الحديث الأخير فليتأمل. قوله (واختار في فتح القدير أنها كراهة تحریم) ظاهره أن كلام الفتح في كراهة الإحجاج وليس كذلك بل هو في الحج نفسه فإنه قال: والذي يقتضيه النظر أن حج الضرورة عن غيره إن كان بعد تحقق الوجوب عليه بملك الزاد والراحلة والصحة فهو مكروه كراهة تحریم عليه لأنه يتضيق عليه والحالة هذه في أول سني الإمكان فيأثم بتركه، وكذا لو تنفل لنفسه ومع ذلك يصح لأن النهي ليس لعين الحج المفعول بل لغيره وهو خشية أن لا يدرك الفرض إذ الموت في سنته غير نادر اهـ. وبه تأيد ما يذكره من التحقيق. هذا ورأيت في فتاوى العلامة حامد أفندي العمادي مفتي دمشق ما نصه: وهل يجب على حاج الضرورة أن يمكث بمكة حتى يحج عن نفسه؟ لم أره إلا في فتاوى أبي السعود المفسر بما صورته: مسألة كعبة شريفة يه وارمين زيد فقير عمرك حج شريف إيجون تعيين إيتدوكي أقجه أولوب عمر ونيتنه حج إيليسه شرعا جائزا. ولو رمى الجواب أكرجه جائز ذراما ير دفعه حج أيده نه إيتدرمك كركدر زير ابو نندن واروب حج اشمك لازم الورانده مجاورا وليجق عمرك حجنى اتمام اتممش أولور اهـ. أقول: وفي هذا الكلام بحث إن لم يوجد نقل صريح لأنه حج بقدرة الغير لا بقدرة نفسه وماله وإذا آثم الحج يمضي أشهر الحج فإنها شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة، فكيف يجب عليه المكث حتى تأتي أشهره؟ فإذا كان فقيراً وله عائلة في بلده يجب عليه المكث إلى السنة الآتية بلا نفقة مع تركه عياله يحتاج إلى نقل صريح في ذلك فتأمل. ثم بعد ذلك رأيت بخط بعض الفضلاء ناقلاً عن مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر ما صورته: ويجوز إحجاج الضرورة ولكن يجب عليه عند رؤية الكعبة الحج لنفسه، وعليه أن يتوقف إلى عام قابل ويحج لنفسه أو أن يحج بعد عودة أهله بماله وإن فقيراً فلتحفظ والناس عنها غافلون. وصرح علي القاري في شرح مناسكه الكبير بأنه بوضوله لمكة وجب عليه الحج اهـ. وفي نهج النجاة لابن حمزة هذه المسألة من كلام حسن فلتراجع. اهـ ما رأيته في الحامدية. ورأيت في بعض حواشي الدر المختار أنه أفتى بعدم وجوب الحج عليه مولانا العارف بالله تعالى الشيخ عبد الغنى النابلسي لتلبسه بالإحرام عن الغير ووجود الحرج المرفوع لو أقام إلى قابل وألف في ذلك رسالة، وأفتى بخلافه مولانا السيد أحمد بادشاه في رسالة له، ويدل له قول متلا عليه القاري في شرحه: لو حج الفقير نفلاً يجب عليه أن يحج حجاً ثانياً اهـ.

باب الهدى

أدناه شاة وهو إبل وبقر وغنم وما جاز في الضحايا جاز في الهدايا والشاة تجوز

باب الهدى

هو في اللغة ما يهدى إلى الحرم من شاة أو بقرة أو بعير، الواحد هدية كما يقال جدي في جدية السرج. ويقال هدي بالتشديد على فعيل الواحدة هدية كمطية ومطي ومطايا. كذا في المغرب قوله: (أدناه شاة وهو إبل وبقر وغنم) يفيد أن له أعلى وهو كذلك فإنه الأفضل الإبل والأدنى الشاة والبقر وسط. وقد فسر ابن عباس رضي الله عنهما ما استيسر من الهدى بالشاة، وأراد بالإبل والبقر والغنم بيان أنواع ما يهدى إلى الحرم، فالهدي لغة وشرعاً واحد لا أن تلك الأنواع تسمى هدياً من غير إهداء إلى الحرم، وحينئذ فإطلاق الهدى على غير الأنواع الثلاثة في كلام الفقهاء في باب الأيمان والنذور مجاز. ثم الواحد من النعم يكون هدياً بجعله صريحاً هدياً أو دلالة، وهي إما بالنية أو بسوق بدنة إلى مكة وإن لم ينو استحساناً لأن نية الهدى ثابتة عرفاً لأن سوق البدنة إلى مكة في العرف يكون للهدي لا للركوب والتجارة. كذا في المحيط. وأراد به السوق بعد التقليد لا مجرد السوق، وأفاد ببيان الأدنى أنه لو قال «لله على أن أهدي» ولا نية له فإنه يلزمه شاة لأنها الأقل، وإن عين شيئاً لزمه، فإن كان مما يراق دمه ففيه ثلاث روايات: في رواية أبي سليمان يجوز أن يهدي بقيمته لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى في جزاء الصيد يتأدى بالقيمة فكذا ما أوجبه العبد، وفي رواية أبي حفص أجزاءه أن يهدي مثله لأنه في معناه، وفي رواية ابن سماعة لا يجوز أن يهدي قيمته لأنه أوجب شيئاً: الإراقة والتصدق، فلا يجوز الاقتصار على التصدق كما في هدي المتعة والقران بخلاف جزاء الصيد لأنه كما أوجب الهدى أوجب غيره وهو الإطعام، وهنا النادر ما أوجب إلا الهدى فتعين. ولو بعث بقيمته فاشترى بمكة مثله وذبحه جاز. قال الحاكم في المختصر: ويحتمل أن يكون هذا تأويل رواية أبي سليمان. ومن نذر شاة فأهدى جزوراً فقد أحسن وليس هذا من القيمة لشبوت الإراقة في البدل الأعلى كالأصل وقالوا: إذا قال لله علي أن أهدي شاتين فأهدي شاة تساوي شاتين قيمة لم يجزه وهي مرجحة لرواية ابن سماعة فكان هو المذهب. وإن كان المنذور شيئاً لا يراق دمه فإن كان

باب الهدى

قوله (وفي رواية ابن سماعة لا يجوز أن يهدي قيمته) ظاهره أنه يجوز أن يهدي مثله وحينئذ فلا فرق بينه وبين رواية أبي حفص لكن ظاهر كلام النهر أنه لا يجوز أن يهدي مثله أيضاً قوله (وإن

منقولاً تصدق بعينه أو بقيمته، وإن كان عقاراً تصدق بقيمته، ولا يتعين التصديق به في الحرم ولا على فقراء مكة لأن الهدى فيه مجاز عن التصديق. ثم اعلم أنه إذا ألحق بلفظ الهدى ما يبطله لا يلزمه شيء كما لو قال هذه الشاة هدى إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام عند أبي حنيفة لأن اسم الهدى إنما يوجب باعتبار اضممار مكة بدلالة العرف، فإذا صرح بالحرم أو المسجد تعذر هذا الإضممار إذ قد صرح بمراده.

قوله: (وما جاز في الضحايا جاز في الهدايا) يعني فيجوز الثني من الإبل والبقر والغنم ولا يجوز الجذع إلا من الضأن لأنه قرابة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية فيتخصصان بمحل واحد. والثني من الغنم ما تم له سنة، ومن البقر ما تم له سنتان، ومن الإبل ما تم له خمس. واختلف في الجذع من الضأن فجزم في المبسوط أنه ابن سبعة أشهر عند الفقهاء وستة في اللغة. وفي غاية البيان: إنه ما تم له ثمانية أشهر وشرط أن يكون عظيم الجثة، أما إن كان صغيراً فلا بد من تمام السنة. وأفاد أنه يجوز الإشتراك في بدنه كما في الأضحية بشرط إرادة الكل القرابة وإن اختلفت أجناسهم من دم متعة وإحصار وجزاء صيد وغير ذلك، ولو كان الكل من جنس واحد كان أحب بأن اشتري بدنة لمتعة مثلاً ناوياً إن يشترك فيها ستة أو يشتريها بغير نية الهدى ثم يشترك فيه ستة ينووا الهدى أو يشتروها معاً في الابتداء وهو الأفضل. وأما إذا اشتراها للهدى من غير نية الشركة ليس له الاشتراك فيها لأنه يصير بيعاً لأنها كلها صارت واجبة بعضها بإيجاب الشرع وما زاد بإيجابه، وإذا كان أحد الشركاء كافراً أو مريداً اللحم دون الهدى لم يجزهم، وإذا مات أحد الشركاء فرضي وارثه أن ينحرها عن الميت معهم أجزأهم استحساناً لأن المقصود هو التصديق، وأي الشركاء نحرها يوم النحر أجزأ الكل، وأشار إلى أنه لا بد من السلامة عن العيوب كما في الأضحية فهو مطرد منعكس أي فما لا يجوز في الضحايا لا يجوز في الهدايا، فعبرة الهداية أولى وهي:

اختلفت أجناسهم (الخ) هذا صريح في خلاف ما قدمه في القرآن والجنايات من أن الاشتراك لا يكفي في الجنايات بخلاف دم الشكر ونبهنا عليه هناك فلا تغفل، وما هنا صرح به في شرح الباب أيضاً.

قوله (وأما إذا اشتراها للهدى من غير نية الشركة الخ) ذكر في أضحية الدرر وصح لو أخذ إشارك ستة في بدنة مشرية لأضحية استحساناً، وفي القياس لا تجوز وهو قول زفر لأنه أعدها للقرابة فلا يجوز بيعها. وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سميكة ولا يجد الشريك وقت الشراء فمست الحاجة إلى هذا، وندب كون الاشتراك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القرابة اهـ. فعلى ما هنا تقييد ما في الدرر بما إذا نوى الشركة عند الشراء تأمل قوله: (ليس له الاشتراك فيها) قال في الفتح: فإن فعل فعليه أن يتصدق بالثمن قوله: (فهو مطرد منعكس) أو رد عليه ما مر

في كل شيء إلا في طواف الركن جنباً ووطء بعد الوقوف ويأكل من هدى التطوع

ولا يجوز في الهدايا إلا ما جاز في الضحايا فإنه لا يلزم من الاطراد الانعكاس، ألا ترى إلى قولهم وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة لم يلزم انعكاسه لفساده لجواز جعل المنافع المختلفة أجرة لا ثمناً قوله: (والشاة تجوز في كل شيء إلا في طواف الركن جنباً ووطء بعد الوقوف) يعني أن كل موضع ذكر فيه الدم من كتاب الحج تجزئ فيه الشاة إلا فيما ذكره، وليس مراده التعميم فإن من نذر بدنة أو جزوراً لا تجزئه الشاة وإنما لزمّت البدنة فيما إذا طاف جنباً لأن الجنابة أغلظ فيجب جبر نقصانها بالبدنة إظهاراً للتفاوت بين الأصغر والأكبر. ويلحق به ما إذا طافت حائضاً أو نفساء وليس موضعاً ثالثاً كما في فتح القدير، لأن المعنى الموجب للتغليظ واحد ووجبت في الجماع بعد الوقوف لأنه أعلى أنواع الارتفاقات فيتغلظ موجب. وأطلق فشمل ما بعد الحلق وقد أسلفنا فيه اختلافاً، والراجح وجوب الشاة بعده، فالمراد هنا الوطء بعد الوقوف قبل الحلق والطواف.

قوله: (ويأكل من هدى التطوع والمتعة والقران فقط) أي يجوز له الأكل ويستحب للاتباع الفعلي الثابت في حجة الوداع على ما رواه مسلم من أنه عليه السلام نحر ثلاثاً وستين بدنة بيده ونحر عليّ ما بقي من المائة، ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر فطبخت فأكلوا من لحمها وشربوا من مرقها، ولأنه دم النسك فيجوز منه الأكل كالأضحية. وأشار بكلمة «من» إلى أنه يأكل البعض منه، والمستحب أن يفعل كما في الأضحية وهو أن يتصدق بالثلث ويطعم الأغنياء الثلث ويأكل ويدخر الثلث. وأفاد بقوله «هدى التطوع» أنه بلغ الحرم، أما إذا ذبحه قبل بلوغه فليس بهدي فلم يدخل تحت عبارته ليجتاز إلى الاستثناء فلهذا لا يأكل منه. والفرق بينهما إنه إذا بلغ الحرم فالقربة فيه بالإراقة وقد حصلت والأكل بعد

من جواز إهداء القيمة في رواية أبي سليمان مع أن القيمة لا تجزئ في الأضحية فهو وارد على عكس كلام المصنف وعلى طرد كلام الهداية، وفيه أن «ما» واقعة على ما فسر به الهدى وهو الإبل والبقر والغنم ولذا قال في النهر: «وما» أي كل حيوان على أن المذهب رواية ابن سماعة عدم الجواز أيضاً قد تجزئ القيمة في الأضحية كما لو مضت أيامها ولم يضح الغني فإنه يتصدق بقيمة شاة تجزئ فيها قول المصنف: (إلا في طواف الركن جنباً الخ) ولا ثالث لهما في الحج (لباب) قال شارحه: وفيه نظر إذ تقدم أنه إذا مات بعد الوقوف وأوصى بإتمام الحج تجب البدنة لطواف الزيارة وجاز حجه. وكذا عند محمد تجب في النعامة بدنة. وقوله «في الحج» احتراز عن العمرة حيث لا تجب البدنة بالجماع قبل أداء ركنها من طواف العمرة ولا أداء طوافها جنباً قوله: (وأفاد بقوله هدى التطوع أنه بلغ الحرم) نظر في هذه الإفادة في النهر ولم يبين وجه النظر، ولعل وجهه منع أنه لا يسمى هدياً قبل بلوغه الحرم يدل عليه قوله تعالى ﴿هَدِيَا بِالْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥] فإن «بالغ» سواء قدر صفة أو حالاً مقدرة على ما مر يفيد تسميته هدياً قبل البلوغ، ويؤيده أيضاً ما سيأتي من أنه لو

حصولها، وإذا لم يبلغ فهي بالتصدق والأكل ينافيه. وأفاد بقوله «فقط» أنه لا يجوز الأكل من بقية الهدايا كدماء الكفارات كلها والنذور وهدى الإحصار، وكذا ما ليس بهدي كالتطوع إذا لم يبلغ الحرم، وكذا لا يجوز للأغنياء لأن دم النذر دم صدقة، وكذا دم الكفارات لأنه وجب تكفيراً للذنوب، وكذا دم الإحصار لوجود التحلل والخروج من الإحرام قبل أوانه. قال في البدائع: وكل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه التصديق بلحمه بعد الذبح لأنه لو وجب عليه التصديق به لما جاز له أكله لما فيه من إبطال حق الفقراء، وكل دم لا يجوز له الأكل منه يجب عليه التصديق بعد الذبح لأنه إذا لم يجزأ كله ولا يتصدق به يؤدي إلى إضاعة المال. ولو هلك المذبح بعد الذبح لا ضمان عليه في النوعين لأنه لا صنع له في الهلاك، وإن استهلكه بعد الذبح فإن كان مما يجب عليه التصديق به يضمن قيمته فيتصدق بها لأنه تعلق به حق الفقراء فبالاستهلاك تعدي على حقهم، وإن كان مما لا يجب التصديق به لا يضمن شيئاً. ولو باع اللحم جاز بيعه في النوعين لأن ملكه قائم إلا أن فيما لا يجوز له أكله ويجب عليه التصديق به يتصدق بثمنه لأنه ثمن مبيع واجب التصديق اهـ. وهكذا نقله عنه في فتح القدير باختصار مع أنه قدم أنه ليس له بيع شيء من لحوم الهدايا وإن كان مما يجوز له الأكل منه، فإن باع شيئاً أو أعطى الجزار أجره منه فعليه أن يتصدق بقيمته اهـ. وقد يقال في التوفيق

عطب أو تعيب قبل بلوغه محله نحره وصبغ نعله بدمه وضرب ليعلم أنه هدي فيأكله الفقير دون الغني الخ.

قوله: (مع أنه قدم النخ) قال في النهر: وفيه مخالفة لما في البدائع من وجهين: الأول وجوب التصديق فيما له الأكل منه أيضاً. الثاني أنه لا ينظر إلى الثمن فيما لا يجوز أكله. ويمكن التوفيق في الثاني بأن ينظر إلى الثمن إن كان أكثر من القيمة وإلى القيمة إن كانت أكثر. قاله بعض العصريين وفيه نظر، إذ مقتضى كونه باع ملكه أنه لا ينظر إلى القيمة. وما في البحر من أن التصديق بالثمن فيما لا يجوز أكله وبالقيمة فيما يجوز والجواز في الأول بمعنى الصحة لا الحل فيه نظر فتدبره اهـ. والظاهر أن المراد بالنظر ما قدمه هذا وأنت خبير بأنه لا وجه لذكر الوجه الأول لأن وجوب التصديق بقيمة ما يؤكل لا يقتضي وجوب التصديق به نفسه كالأضحية لا يجب التصديق بها، ولو باع جلدتها أو شيئاً من لحمها بمستهلك أو دارهم يجب التصديق بالثمن فليس مخالفاً لقول البدائع «لا يجب عليه التصديق بلحمه». وبما ذكرنا تعلم سقوط النظر فإن الأضحية ملكه ونظر فيها إلى الثمن فينظر إلى القيمة في مسألة وإلا فما الفرق بينهما؟ وبالجملة فالمخالفة ظاهرة في الوجه الثاني وهو وجوب التصديق فيما لا يجوز له أكله بالثمن على ما في البدائع، وبالقيمة على ما في الفتح. وبقي مخالفة من وجه آخر وهو أن ظاهر ما في البدائع عدم وجوب التصديق بشيء فيما يجوز له أكله لتخصيصه وجوب التصديق فيما لا يجوز، وظاهر كلام الفتح وجوب التصديق فيهما، وبيان التوفيق الذي ذكره المؤلف أن يقيد قوله

والمتعة والقران فقط وخص هدى المتعة والقران بيوم النحر فقط والكل بالحرم لا

بينهما إنه إن باع مما لا يجوز أكله وجب التصديق بالثمن ولا ينظر إلى القيمة، وإن باع مما لا يجوز له أكله وجب التصديق بالقيمة ولا ينظر إلى الثمن، وأن المراد بالجواز في كلام البدائع الصحة لا الحل. وفي فتح القدير: ولو أكل مما لا يحل له الأكل منه ضمن ما أكل، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: لو أكل لقمة ضمن كله.

قوله: (وخص ذبح هدى المتعة والقران بيوم النحر فقط والكل بالحرم لا بفقيره) بيان لكون الهدي مؤقتاً بالمكان، سواء كان دم شكر أو جناية لما تقدم أنه اسم لما يهدي من النعم إلى الحرم. وأما توقيته بالزمان فمخصوص بهدي المتعة والقران، وأما بقية الهدايا فلا تنقيد بزمان. وأفاد أن هدي التطوع إذا بلغ الحرم لا يتقيد بزمان وهو الصحيح، وإن كان ذبحه يوم النحر أفضل كما ذكره الشارح خلافاً للقدوري. وأراد المصنف بيوم النحر وقته وهو الأيام الثلاثة، وأراد بالاختصاص الاختصاص من حيث الوجوب على قول أبي حنيفة وإلا لو ذبح بعد أيام النحر أجزأ إلا أنه تارك للواجب وقبلها لا يجزئ بالإجماع، وعلى قولهما كذلك في القبليّة وكونه فيها هو السنة عندهما حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلّ لا شيء عليه، وعنده عليه دم. ودخل تحت قوله «والكل بالحرم» الهدي المنذور بخلاف البدنة المنذورة فإنها لا تنقيد بالحرم عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يجوز ذبحها في غير الحرم قياساً على الهدي المنذور والفرق ظاهر. واتفقوا على أنه لو نذر نحر جزور أو بقرة فإنه لا يتقيد بالحرم، ولو نذر بدنة من شعائر الله أو نوى أن تنحر بمكة تنقيد بالحرم اتفاقاً. كذا في المحيط. وقوله «لا بفقيره» بيان لجواز التصديق على فقراء غير الحرم بلحم الهدي لإطلاق الدلائل لكن التصديق على فقراء مكة أفضل كما في البدائع معزياً إلى الأصل قوله: (ولا يجب التعريف بالهدي) لأن الهدي ينسب عن النقل إلى مكان التقرب بإراقة الدم فيه لا عن التعريف فلا يجب وهو الذهاب به إلى عرفات أو التشهير بالتقليد والإشعار ولم يذكر استحبابه لأن فيه تفصيلاً، فما كان دم شكر استحباب تعريفه، وما كان دم كفارة استحباب إخفاؤه واستره لأن سببها الجناية كقضاء الصلاة يستحب إخفاؤه، ولم يذكر المصنف سنن الذبح والنحر هنا لما سيصرح

الفتح «فإن باع شيئاً الخ» بما يجوز الأكل منه، فقول البدائع «يتصدق بثمنه» خاص بما لا يجوز كما هو صريح كلامه، وقول الفتح «فعليه أن يتصدق بقيمته» خاص بما يجوز فانتفت المخالفة بوجهيها. هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل فتأمل. ثم رأيت في اللباب وشرحه قال: فلو استهلكه بنفسه بأن باعه ونحو ذلك بأن وهبه لغني أو أنقله وضيعه لم يجز وعليه قيمته أي ضمان قيمته للفقراء إن كان مما يجب التصديق به بخلاف ما إذا كان لا يجب عليه التصديق به فإنه لا يضمن شيئاً هـ. وهو موافق لظاهر كلام البدائع قوله: (وإن باع مما لا يجوز له أكله) كذا في كثير من النسخ بـ«لا» النافية هنا وفيما قبله والصواب حذفها هنا كما يوجد في بعضها.

بفقره ولا يجب التعريف بالهدى ويتصدق بجلاله وخطامه ولم يعط أجر الجزار منه ولا

به في باب الذبائح والأضحية قوله: (ويتصدق بجلاله وخطامه ولم يعط أجره الجزار منه) أي الهدى. والجلال جمع الجلل وهو ما يلبس على الدابة، والخطام هو الزمام وهو ما يجعل في أنف البعير لحديث البخاري مرفوعاً أن علياً رضي الله عنه أمره عليه السلام أن يقوم على بدنه وأن يقسم بدنه كلها لحومها وجلودها وجلالها ولا يعطي في جزارتها شيئاً. وهي بضم الجيم كراء عمل الجزار. وأفاد أنه إن أعطاه منها أجرته ضمنه لإتلاف اللحم أو معاوضته. وقيد بالأجر لأنه لو تصدق بشيء من لحمها عليه سوى أجرته جاز لأنه أهل للمصدة عليه قوله: (ولا يركبه بلا ضرورة) لأنه جعله خالصاً لوجه الله تعالى فلا ينتفع بشيء منه. وصرح في المحيط بأن ركوبه لغیر حاجة حرام، وينبغي أن يكون مكروهاً كراهة تحريم لأن الدليل ليس قطعياً. وأشار إلى أنه لا يحمل عليها أيضاً وإلى أنه لو ركبها أو حمل عليها فنقصت فعليه ضمان ما نقص ويتصدق به على الفقراء دون الأغنياء لأن جواز الانتفاع بها للأغنياء معلق ببلوغ المحل. وأطلقه فشمّل ما يجوز الأكل منه وما لا يجوز، وإنما جاز له حالة الضرورة لما رواه صاحب السنن مرفوعاً «اركبها بالمعروف إذا أُلجئت إليها حتى تجد ظهراً» وفي الصحيح «اركبها ويملك» في الثانية أو الثالثة حين رآه مضطراً إلى ركوبها. وفي جامع الترمذي «ويحك» أو «ويملك». وفي البدائع: ويحك كلمة ترحم ويملك كلمة تهدد. وعلل الإمام الناصحي في الجمع بين وقفي هلال والخصاف بأن البدنة باقية على ملك صاحبها فيجوز الانتفاع بها عند الضرورة، ولهذا لو مات قبل أن تبلغ كانت ميراثاً أه. وظاهر كلامهم أنها إن نقصت بركوبه لضرورة فإنه لا ضمان عليه.

قوله: (ولا يحلبه) أي الهدى لأنه جزؤه فلا يجوز له ولا لغيره من الأغنياء فإن حلبه

قوله: (وأفاد إنه إن أعطاه منها أجرته الخ) قال ابن الهمام: وليس له بيع شيء من لحوم الهدايا فإن باع شيئاً أو أعطى الجزار أجره منه فعليه أن يتصدق بقيمته. وقال الطرابلسي: ولا يعطى أجره الجزار منها؛ فإن أعطى صار الكل لحماً لأنه إذا شرط أعطاه منه يبقى شريكاً له فيها فلا يجوز الكل لقصده اللحم، وإن أعطاه من غير شرط قبل الذبح ضمنه، وإن تصدق بشيء منها عليه من غير الأجرة جاز إن كان أهلاً للتصدق عليه. كذا في شرح اللباب قوله: (وظاهر كلامهم أنها إن نقصت بركوبه الخ) تابعه في النهر وتعبه في الشربلالية بأن المصرح به خلافه. قال في الجوهرة: ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها فإن ركبها أو حمل عليها متاعه ونقص منها شيء ضمن النقصان وتصدق به وإذا استغنى عنها لم يركبها أه. وكذا صرح البرجندي بقوله: ولا يركب إلا لضرورة بأن كان عاجزاً عن المشي، وإذا ركبها وانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك أه. وكذا صرح في الهداية بقوله: وإن استغنى عن ذلك لم يركبها إلا أن يحتاج إلى ركوبها، ولو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك أه. ومثله في كافي النسفي، ومثله في الفتح عن كافي

يركبه بلا ضرورة ولا يحلبه وينضج ضرعه بالنقاخ وإن عطب واجب أو تعيب أقام غيره مقامه والمعيب له ولو تطوعاً نحره وصبغ نعله بدمه وضرب به صفحته ولم يأكله غنى وتقلد بدنة التطوع والمتعة والقران فقط.

وانتفع به أو دفع إلى الغني ضمنه لوجود التعدي منه كما لو فعل ذلك بوبره أو صوفه. وفي المحيط: ضمن قيمته فجعل اللبن قيمياً. وفي غاية البيان: ضمن مثله أو قيمته وإن لم ينتفع به بعد الحلب تصدق به على الفقراء. وأشار إلى أنها لو ولدت فإنه يتصدق به أو يذبحه معها فإن استهلكه ضمن قيمته، وإن باعه تصدق بثمنه، وإن اشترى بها هدياً فحسن قوله: (وينضج ضرعها بالنقاخ) أي يرش بالماء البارد حتى يتقلص. والنقاخ بالنون المضمومة والقاف والخاء المعجمة الماء العذب الذي ينقخ الفؤاد ببرده. كذا في الصحاح والمغرب. وفي المصباح النثير: ينضج من بابي ضرب ونفع، فعلى هذا تكسر ضاده وتفتح. قالوا: هذا إذا كان قريباً من وقت الذبح، وإن كان بعيداً يحلبها ويتصدق بلبثها كيلاً بضربها ذلك: (وإن عطب واجب أو تعيب أقام غيره مقامه والمعيب له) لأن الواجب في الذمة فلا يسقط عنه حتى يذبح في محله. والمراد بالعطب هنا الهلاك وهو من باب علم فهو كما لو عزل دراهم الزكاة فهلكت قبل الصرف إلى الفقراء فإنه يلزمه إخراجها ثانياً. والمراد من العيب هنا ما يكون مانعاً من الأضحية فهو كهلاكه. وإنما كان المعيب له لأنه عينه إلى جهة وقد بطلت فبقي على ملكه. وهل يدخل تحت الواجب هنا ما لو نذر شاة معينة فهلكت فإنه يلزمه غيرها أو لا لكون الواجب في العين لا في الذمة قوله: (ولو تطوعاً نحره وصبغ نعله بدمه وضرب به صفحته ولم يأكله غنى) أي ولو كان المعطوب أو المتعيب تطوعاً نحره وصبغ قلاذته بدمه، فالمراد من العطب هنا القرب من الهلاك لا الهلاك. وفائدة هذا الفعل أن يعلم الناس أنه هدي فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء، وهذا لأن الإذن في تناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي أي لا يحل قبل ذلك أصلاً إلا أن التصديق على الفقراء أفضل من أن يتركه لحماً للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود قوله: (وتقلد بدنة التطوع والمتعة والقران فقط) لأنه دم نسك وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به. وأفاد بقوله «فقط» أنه لا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنائيات لأن سببها الجناية والستر أليق بها ودم الإحصار جابر فيلحق بجنسها، ولو قلده لا يضره. كذا في المبسوط. وقيد بالبدنة لأنه لا يسن تقليد الشاة ولا تقلد عادة. ودخل تحت التطوع المنذور لأنه لما كان بإيجاب العبد كان تطوعاً أي ليس بإيجاب الشارع ابتداء فلذا ذكر في المحيط أنه يقلد دم النذر لأنه دم نسك وعبادة. فإن قلت: روي أن النبي ﷺ قلده هدايا الإحصار قلت: جوابه أنه كان قلدها للمتعة فلما أحصر بقيت كما كانت فبعثت إلى مكة على

الحاكم قال: فإن ركبها أو حمل متاعه عليها للضرورة ضمن ما نقصها ذلك يعني إن نقصها ذلك ضمنه هـ.

مسائل منثورة

ولو شهدوا بوقوفهم قبل يومه تقبل وبعده لا ولو ترك الجمرة الأولى في اليوم

حاليا. كذا في غاية البيان. ولم يذكر وقت التقليد لأن فيه تفصيلاً فإن بعثه يقلده من بلده وإن كان معه فمن حيث يحرم هو السنة.

مسائل منثورة ثابتة في بعض النسخ دون بعض وقد جرت عادة المصنفين أنهم يذكرون في آخر الكتاب ما شذ ونذر من المسائل في الأبواب السالفة في فصل على حدة تكثيراً للفوائد ويقولون في أوله «مسائل منثورة» أو «مسائل متفرقة» أو «مسائل شتى» أو «مسائل لم تدخل في الأبواب» أو «فروع» قوله: (ولو شهدوا بوقوفهم قبل يومه تقبل وبعده لا) أي لو شهدوا بعدما وقف الناس بعرفة أنهم وقفوا يوم التروية قبلت شهادتهم، ولو شهدوا أنهم وقفوا يوم النحر لا تقبل. والقياس أن لا يجزئهم اعتباراً بما إذا وقفوا يوم التروية، وهذا لأنه عبادة تختص بزمان ومكان فلا تقع عبادة دونهما. وقد ذكر في الهداية للاستحسان وجهين: الأول أنها لا تقبل لكونها على النفي. الثاني أنها تقبل لكن لا يستلزم عدم صحة الوقوف لأن هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه فلو لم يحكم بالجواز بعد الاجتهاد لزم الحرج الشديد المنفي شرعاً وهو حكمة قوله عليه السلام «وعرفتكم يوم تعرفون» أي وقت الوقوف بعرفة عند الله تعالى اليوم الذي يقف فيه الناس عن اجتهد ورأى أنه يوم عرفة. وذكر في معراج الدراية أن الوجه الثاني هو الأصح ورجحه في فتح القدير بدفع الأول لأنها قامت على الإثبات حقيقة وهو رؤية الهلال في ليلة قبل رؤية أهل الموقف فليست شهادة على النفي، وإذا كانت هذه الشهادة لا يثبت بها عدم صحة الوقوف فلا فائدة في سماعها للإمام فلا يسمعها لأن سماعها يشهرها بين عامة الناس من أهل الموقف فيكثر القيل والقال وتثور الفتنة وتتكدر قلوب المسلمين بالشك في صحة حجهم بعد طول عنائهم، فإذا جاؤوا ليشهدوا يقول لهم انصرفوا فلا تسمع هذه الشهادة قد تم حج الناس. وكذا حج اليهود، ولو وقفوا وحدهم لم يجزهم وعليهم إعادة الوقوف مع الإمام للحديث السابق، وكذا إذا أخر الإمام الوقوف بمعنى يسوغ فيه الاجتهاد لم يجز وقوف من وقف قبله. واستشكل المحقق في فتح القدير تصوير قبول الشهادة في المسألة الأولى لأنه لا شك أن وقوفهم يوم التروية على أنه التاسع لا يعارضه

مسائل منثورة

قوله: (بل صورته لو وقف الإمام بالناس ظناً منه الخ) قلت: يمكن أن يقال حل الإمام على

الثاني رمى الكل أو الأولى فقط ومن أوجب حجاً ماشياً لا يركب حتى يطوف للركن

شهادة من شهد أنه الثامن لأن اعتقاد الثامن إنما يكون بناء على أن أول ذي الحجة ثبت بإكمال عدة ذي القعدة واعتقاده التاسع بناء على أنه روي قبل الثلاثين من ذي القعدة، فهذه شهادة على الإثبات والقائلون أنه الثامن حاصل ما عندهم نفي محض وهو أنهم لم يروه ليلة الثلاثين من ذي القعدة ورآه الذين شهدوا فهي شهادة لا معارض لها اهـ. فحاصله أن الشهادة على خلاف ما وقف الناس لا يثبت بها شيء مطلقاً، سواء كان قبله أو بعده. وهو إنما يتم أن لو انحصر التصوير فيما ذكره بل صورته لو وقف الإمام بالناس ظناً منه أنه يوم التاسع من غير أن يثبت عنده رؤية الهلال فشهد قوم أنه اليوم الثامن فقد تبين خطأ ظنه والتدراك ممكن فهي شهادة لا معارض لها. ولهذا قال في المحيط: لو وقفوا يوم التروية على ظن أنه يوم عرفة لم يجزهم. وبهذا التقرير علم أن المسألة تحتاج إلى تفصيل ولا بدع فيه بل هو متعين. وقد بقي هنا مسألة ثالثة وهي ما إذا شهدوا يوم التروية والناس بمنى أن هذا اليوم يوم عرفة ينظر؛ فإن أمكن الإمام أن يقف مع الناس أو أكثرهم نهراً قبلت شهادتهم قياساً واستحساناً للتمكن من الوقوف، فإن لم يقفوا عشية فاتهم الحج، وإن أمكنه أن يقف معهم ليلاً لا نهراً فكذلك استحساناً، وإن لم يمكنه أن يقف ليلاً مع أكثرهم لا تقبل شهادتهم ويأمرهم أن يقفوا من الغد استحساناً، والشهود في هذا كغيرهم كما قدمناه. وفي الفتاوى الظهيرية: ولا ينبغي للإمام أن يقبل في هذا شهادة الواحد والاثنين ونحو ذلك قوله: (ولو ترك الجمرة الأولى في اليوم الثاني رمى الثلاث أو الأولى فقط) بيان لكون الترتيب في الجمار الثلاث في اليوم الثاني ليس بشرط ولا واجب وإنما هو سنة ولهذا قدم قوله «رمى الثلاث» لمراعاة الترتيب المسنون لأن كل جرة قربة قائمة بنفسها لا تعلق لها بغيرها وليس بعضها تابعاً لبعض بخلاف السعي قبل الطواف أو الطواف قبل الوقوف فإنه شرع مرتباً على وجه اللزوم فلم يدخل وقته، ولولا ورود النص في قضاء الفوائت بالترتيب قلنا لا يلزم فيها أيضاً لأن كل صلاة عبادة مستقلة، وبخلاف البداءة بالمرءة لأن البداءة من الصفا ثبت بالنص وهو قوله عليه السلام «ابدؤوا بما بدأ الله به» بصيغة الأمر بخلاف الترتيب في الجمار الثلاث فإنه ثبت بالفعل وهو لا يفيد أكثر من السنة.

قوله: (ومن أوجب حجاً ماشياً لا يركب حتى يطوف للركن) أي بأن نذر الحج ماشياً وفيه إشارة إلى وجوب المشي لأن عبارة المختصر عبارة الجامع الصغير وهي كلام المجتهد أعني أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه على ما نقله محمد عنه فيه وهو إخبار المجتهد وإخباره

الوقوف بمجرد الظن مستحيل في هذا الموقف العظيم، وقالوا غلبة الظن منزلة منزلة اليقين فيحمل عليه. كذا في الشرنبلالية قوله: (أن يكون من جنس المنذور واجباً) كذا في الفتوح. والنسخ التي رأيتها وصوابه «واجب» بالرفع.

فمعتبر بإخبار الشرع لأنه نائبه في بيان الأحكام كما في المعراج. وفي الأصل أي المبسوط: لمحمد أيضاً خيره بين الركوب والمشى، وعن أبي حنيفة أنه كره المشى فيكون الركوب أفضل. وصحح ما في الجامع الصغير قاضيخان في شرحه واختاره فخر الإسلام معللاً بأنه التزم القربة بصفة الكمال. وإنما قلنا إن المشى أكمل لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «من حج ماشياً كتب له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم. قيل: وما حسنات الحرم؟ قال: واحدة بسبعمائة». وإنما رخص الشرع في الركوب دفعاً للحرج. قال في غاية البيان: ولا يرد عليه ما أورد في النوازل عن أبي حنيفة أن الحج راكباً أفضل لأن ذلك لمعنى آخر وهو أن المشى يسيء خلقه وربما يقع في المنازعة والجدال المنهي عنه وإلا فالأجر على قدر التعب والتعب في المشى أكثر اهـ. لا يقال لا نظير للمشى في الواجبات ومن شرط صحة النذر أن يكون من جنس المنذور واجباً لأننا نقول: بل له نظير وهو مشى المكّي الذي لا يجد الراحلة وهو قادر على المشى فإنه يجب عليه أن يحج ماشياً ونفس الطواف أيضاً، ولم يذكر المصنف محل وجوب ابتداء المشى لأن محمداً رحمه الله لم يذكره فلذا اختلف المشايخ فيه على ثلاثة أقوال: قيل من بيته وهو الأصح كذا في فتح القدير وغيره لأنه المراد عرفاً، وقيل من الميقات، وقيل من أي موضع يحرم منه واختاره فخر الإسلام والإمام العتّابي وصححه في غاية البيان لأنه نذر بالحج والحج ابتداءه الإحرام وانتهاءه طواف الزيارة فيلزمه بقدر ما التزم. ولا عبرة بالعرف مع وجود اللفظ بخلاف الوصية بالحج فإنه يحج عنه من بيته لأن الوصية تنصرف إلى الفرض في الأصل، ولهذا يحج عنه راكباً لا ماشياً والمعول عليه هو التصحيح الأول، وبدل عليه من الرواية ما عن أبي حنيفة لو أن بغدادياً قال إن كلمت فلاناً فعلي أن أحج ماشياً فلقية بالكوفة فكلّمه فعليه أن يمشى من بغداد. وقوله «لا عبرة بالعرف مع وجود اللفظ» ممنوع بل الاعتبار في النذور والأيمان العرف لا اللفظ كما عرف في محله. وفي فتح القدير: ولو أحرم من بيته فالاتفاق على أن يمشى من بيته وإنما ينتهي وجوب المشى بطواف الزيارة لأن به ينتهي الإحرام، وأما طواف الصدر فالتوديع وليس بأصل في الحج حتى لا يجب على من لا يودع. وأفاد بقوله «لا يركب» أنه لو ركب لزمه الجزاء لترك الواجب فإذا ترك في الكل أو في الأكثر يلزمه الدم، وفي الأقل يلزمه التصديق بقدره من قيمة الشاة الوسط، ومقتضى الأصل أن لا يخرج عن عهدة النذر إذا ركب كما لو نذر الصوم متتابعاً فقطع التتابع ولكن ثبت ذلك نصاً في الحج فوجب العمل به وهو ما عن ابن عباس أن أخت عتبة نذرت أن تحج ماشية فأمرها رسول الله ﷺ أن تركب وتهدى دماً. رواه أبو داود. وهو محمول على

قوله: (ومقتضى الأصل) أي القياس لا أصل الإمام محمد قوله: (يسقط بحجة الإسلام عند

أبي حنيفة) الذي في الفتح عند أبي يوسف قوله: (ليس له الرد بالعيب) لأنه يمكنه إزالته بالتحليل

ولو اشترى محرمة حللها وجامعها.

عجزها عن المشي بدليل الرواية الأخرى وأنها لا تطيق. وأطلق في الإيجاب فشمّل ما إذا كان منجزاً أو معلقاً وما إذا قال الله على أو علي حجة ماشياً، ولو قال علي المشي إلى بيت الله الحرام ولم يذكر حجاً ولا عمرة لزمه أحد النسكين استحساناً، فإن جعله عمرة مشى حتى يخلق إلا إذا نوى به المشي إلى مسجد المدينة أو مسجد بيت المقدس أو مسجد من المساجد فإنه لا يلزمه شيء. وقوله «على المشي إلى مكة أو الكعبة» كقوله «إلى بيت الله» ولو قال علي المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام فإنه لا شيء عليه عند أبي حنيفة لعدم العرف بالتزام النسك به. وقالوا: يلزمه النسك احتياطاً. واتفقوا على أنه لا لزوم لو قال إلى الصفا أو المروة أو مقام إبراهيم أو إلى أستار الكعبة أو بأبها أو ميزابها أو عرفات أو المزدلفة أو مسجد النبي ﷺ، أو ذكر مكان المشي غيره كقوله «علي الذهاب إلى بيت الله» أو «الخروج». ثم الحج المندور يسقط بحجة الإسلام عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد، فإذا نذر الحج ولم يكن حج ثم حج وأطلق كان عن حجة الإسلام وسقط عنه ما التزمه بالنذر لأن نذره منصرف إليه، وإن كان قد حج ثم نذر ثم حج فلا بد من تعيين الحج عن النذر وإلا وقع تطوعاً كما حرره في فتح القدير. ومن نذر أن يحج في سنة كذا فحج قبلها جاز عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وقول أبي يوسف أقيس بما قدمناه في نذر الصوم.

قوله: (ولو اشترى محرمة حللها وجامعها) لأن منافعتها مستحقة للمولى فيجوز له تحليلها بغير هدي غير أن البائع يكره تحليله لا خلاف الوعد حيث وجد منه الإذن والمشتري لم يوجد منه الإذن فلا يكره تحليله. قيد بكونها محرمة لأنها لو كانت منكوحة فليس للمشتري فسخ النكاح لأنه قائم مقام البائع وهو ليس له الفسخ بعد الإذن. وأطلق في إحرامها فشمّل ما إذا كان بإذن البائع أولاً. وأشار بعطف الجماع على التحليل إلى أنه يحللها بغير الجماع كقص ظفر وشعر وهو أولى من التحليل بالجماع لأنه أعظم محظورات الإحرام حتى تعلق به الفساد فلا يفعله تعظيماً لأمر الحج، ولا يقع التحليل بقوله «حللتك» بل بفعله أو بفعلها بأمره كالامتشاط بأمره. وأشار إلى أن للمشتري أن يحلل العبد المحرم لما قدمناه، وإذا كان له منعهما وتحليلهما ليس له الرد بالعيب. وإلى أن الحرة لو أحرمت بحج نفل ثم تزوجت فللزواج أن يحللها عندنا بخلاف ما إذا أحرمت بالفرض فليس له أن يحللها إن كان لها محرم، فإن لم يكن لها فله منعهما، فإن أحرمت فهي محصورة لحق الشرع فلذا إذا أراد الزوج تحليلها لا تتحلل إلا بالهدي بخلاف ما إذا أحرمت بنفل بلا إذن له أن يحللها، ولا يتأخر تحليله إياها إلى ذبح الهدي كما قدمناه في باب الإحصار. ولو أذن لامرأته في حج النفل فليس له أن يرجع فيه للمكها منافعتها، وكذا المكاتبه بخلاف الأمة. وفي فتح القدير: ولو جامع زوجته أو

أمتة المحرمة ولا يعلم بإحرامها لم يكن تحليلاً وفسد حجها، وإن علمه كان تحليلاً. ولو حللها ثم بدا له أن يأذن لها فأذن لها فأحرمت بالحج ولو بعد ما جامعها من عامها ذلك لم يكن عليها عمرة ولا نية القضاء ولو أذن لها بعد مضي السنة كان عليها عمرة مع الحج، ولو حللها فأحرمت فحللها فأحرمت هكذا مراراً ثم حجت من عامها أجزأها عن كل التحللات بتلك الحجة الواحدة ولم لم تحج إلا من قابل كان عليها لكل تحليل عمرة والله سبحانه وتعالى أعلم.

وفيه خلاف زفر قال: ليس له ذلك فله الرد بالعيب كما في الفتح والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

كتاب النكاح

هو عقد يرد على ملك المتعة قصداً وهو سنة وعند التوقان واجب وينعقد بإيجاب

كتاب النكاح

ذكره بعد العبادات لأنه أقرب إليها حتى كان الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادات. وقدم على الجهاد لاشتماله على المصالح الدينية والدنيوية وأمر المناسبة سهل. واختلف في معناه لغة على أربعة أقوال: ف قيل مشترك بين الوطء والعقد وهو ظاهر ما في الصحاح فإنه قال: النكاح الوطء، وقد يكون العقد تقول نكحتها ونكحت هي أي تزوجت وهي ناكح في بني فلان أي ذات زوج، والمراد بالمشارك اللفظي. وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطء، ونسبه الأصوليون إلى الشافعي في بحث متى أمكن العمل بالحقيقة سقط المجاز. وقيل بالعكس وعليه مشايخنا صرحوا به كما في فتح القدير، وجزم به في المغرب، وذكر الأصوليون أن ثمرة الاختلاف بيننا وبين الشافعي تظهر في حرمة موطوءة الأب من الزنا أخذاً من قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] فلما كان حقيقة في العقد عنده لم تحرم موطوءته من الزنا، ولما كان حقيقة في الوطء عندنا الشامل للوطء الحلال والحرام حرمت عندنا وحرمت معقودة الأب بغير وطء بالإجماع. وتفرع على أصلنا ما لو قال لامرأته إن نكحتك فأنت طالق فإنه للوطء، فلو أبانها ثم تزوجها لم يحنث. ولا يرد علينا ما لو قال لأجنبية ذلك فإنه للعقد لتعذر الوطء شرعاً فكانت حقيقة مهجورة كما في الكشف. ولذا لو قال ذلك لمن لا تحل له أبداً بأن قال إن نكحتك فعبدي حر انصرف إلى النكاح الفساد كما في المحيط. ، وقيل حقيقة في الضم صرح به مشايخنا أيضاً لكن قال في فتح القدير: إنه لا منافاة بين كلامهم لأن الوطء من أفراد الضم والموضوع للأعم حقيقة في كل من أفراد

كتاب النكاح

قوله: (حتى كان الاشتغال به أفضل الخ) أي الاشتغال بالنكاح وما يشتمل عليه من القيام بالمصالح وإعفاف الحرام عن نفسه وتربية الولد ونحو ذلك. قاله فيل النهر. وسيأتي الاستدلال على

كإنسان في زيد فهو من قبيل المشترك المعنوي إلى آخر ما ذكره وهو مردود، فإن الوطاء مغاير للضم ولذا قال في المغرب: وقولهم النكاح الضم مجاز كإطلاقه على العقد إلا أن إطلاقه على الضم من باب تسمية المسبب باسم السبب، وإطلاقه على العقد بالعكس. وما يدل على مغايرة القولين أن صاحب المحيط ذكر أنه حقيقة في الضم الشامل للوطاء والعقد باعتبار ضم الإيجاب إلى القبول فهو حقيقة في العقد أيضاً، وعلى القول الثالث مجاز فيه. وصحح في المجتبى ما في المغرب كما في التبيين، ورجح في غاية البيان الأول بأن الأصل في الكلام الحقيقة والمشارك مستعمل في الموضوع الأصلي دون المجاز ١ هـ. وهو غفلة عما في الأصول فإن الأصح أنه إذا دار لفظ بين الاشتراك والمجاز فالمجاز أولى لأنه أبلغ وأغلب، والاشتراك يخل بالتفاهم ويحتاج إلى قرينتين كما ذكره النسفي في شرح المنار. وقال في البدائع: إنه الحق والمتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني الثلاثة لكن الشأن في تعيين المعنى الحقيقي له. وأما معناه شرعاً ففي فتح القدير: حيث أطلق في الكتاب والسنة مجرداً عن القرائن فهو للوطاء فقد تساوى المعنى اللغوي والشرعي ولذا قال قاضيخان: إنه في اللغة والشرع حقيقة في الوطاء مجاز في العقد. وأما ما ذكره المصنف وغيره من أنه اسم للعقد الخاص فهو معناه في اصطلاح الفقهاء ولذا قال في المجتبى: إنه في عرف الفقهاء العقد. فقول من قال إنه في الشرع اسم للعقد الخاص كما في التبيين محمول على أن المراد أنه في عرف الفقهاء وهم أهل الشرع فلا مخالفة. وسبب مشروعيته مع أن الأصل في النكاح الخطر وإباحته للضرورة كما في الكشف تعلق بقاء العالم به المقدر في العلم الأزلي على الوجه الأكمل وإلا فيمكن بقاء

أفضليته بوجوه أربعة وحققه في الفتح بما لا مزيد عليه قوله: (وهو مردود) قال في النهر: قد يمنع بأن الوطاء نفسه ضم وقد جعل في المحيط الضم أعم من ضم الجسم إلى الجسم والقول إلى القول فيكون مشتركاً معنوياً أيضاً غير أن المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالأجسام لا الأقوال لأنها أعراض بتلاشي: الأول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني منها ما ينضم إليه إلا أن قولهم الحقيقية والمجاز أولى من الاشتراك يرجح ما في المغرب وإن إطلاقه يعم المعنوي أيضاً ١ هـ. أي إطلاق قولهم المجاز أولى من الاشتراك يعم المشترك المعنوي قوله: (من باب تسمية المسبب باسم السبب) أي إطلاق النكاح الذي هو حقيقة في الوطاء على الضم مجاز علاقته السببية والمسببية فإن الوطاء سبب للضم فصح إطلاق النكاح عليه لكونه مسبباً عنه، وإطلاقه على العقد مجاز أيضاً فإنه سبب للوطاء قوله: (وعلى القول الثالث) أي القول بأن النكاح حقيقة في الوطاء يكون مجازاً في العقد قوله: (ورجح في غاية البيان الأول) أي أنه مشترك بين الوطاء والعقد لأن المشترك حقيقة في معنييه وهي الأصل بخلاف ما إذا كان حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر قوله: (من أنه اسم للعقد الخاص) أي ما يأتي في قول المصنف «هو عقد يرد على ملك المتعة» قوله: (في عرف الفقهاء وهم أهل الشرع) الذي في

النوع بالوطء على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظام والسفك وضياح الأنساب بخلافه على الوجه المشروع.

وشرطه نوعان: عام في تنفيذ كل تصرف دائر بين النفع والضرر، وخاص. فالأول الأهلية بالعقل والبلوغ. قال في فتح القدير: وينبغي أن يزاد في الولي لا في الزوج والزوجة ولا في متولي العقد فإن تزويج الصغير والصغيرة جائز، وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز في البيع عندنا، فصحته هنا أولى لأنه محض سفير، وأما الحرية فشرط النفاذ بلا إذن أحد هـ. وضم الزيلعي الحرية إلى العقل والبلوغ في الشرط العالم، والتحقيق أن التمييز شرط في متولي العقد للانعقاد أصيلاً كان أو لم يكن، فلم ينعقد النكاح بمباشرة المجنون والصبي الذي لا يقبل. وأما البلوغ والحرية فشرط النفاذ في متولي العقد لنفسه لا لغيره فتوقف عقد الصبي العاقل والعبد على إجازة الولي والمولى. وأما المحلية فقال في فتح القدير: إنها من الشروط العامة وتختلف بحسب الأشياء والأحكام كمحلية المبيع للبيع والأثني للنكاح هـ. والأولى أن يقال: إن محلية الأثني المحققة من بنات آدم ليست من المحرمات. وفي العناية: محله امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر للذكر والخنثى مطلقاً والجنينة للأنثى وما كان من النساء محرماً على التأييد كالمحارم ولذا قال في التبيين من كتاب الخنثى: لو زوجه أبوه أو مولاه امرأة أو رجلاً لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله أنه رجل أو امرأة، فإذا ظهر أنه خلاف ما زوج به تبين أن العقد كان صحيحاً وإلا فباطل لعدم مصادفة المحل، وكذا إذا زوج الخنثى من خنثى آخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر أن أحدهما ذكر والآخر أنثى هـ. وفي القنية: لا يجوز التزويج بجنينة، وأجازه الحسن البصري بشهود، وذكر أهل الأصول أن النهي عن نكاح المحارم مجاز عن النفي فكان نسخاً لعدم محله. وصرح كثير من الفقهاء بعدم محلية المحارم للنكاح. وجزم به في غاية البيان لكن يشكل عليه إسقاط أبي حنيفة الحد عمن وطئ محرمه بعد العقد عليها فإنها إذا لم تكن محلاً لمن بقى شبهة بالعقد. والجواب أنها لم تخرج عن المحلية للنكاح أصلاً بدليل حل تزويجها لمن لم يكن محرماً لها، فأبو حنيفة نظر إلى هذا، وهما نظرا إلى خروجها عن المحلية بالنسبة إلى الواطئ وهو الظاهر فلذا قال في الخلاصة: إن الفتوى على قولهما وسيأتي تمامه في محله إن شاء الله تعالى. والثاني

غير هذه النسخة في عرف أهل الشرع وهم الفقهاء قوله: (فإن تزويج الصغير والصغيرة) مفرع على قوله لا في الزوج والزوجة وقوله «وتوكيل الصبي الخ» مفرع على قوله «ولا في متولي العقد» وكل من تزويج وتوكيل مصدر مضاف لمفعوله قوله: (والأولى أن يقال إن محلية الأثني) كذا فيما رأيت من النسخ بالإضافة، والظاهر أنها محرفة والأصل «محليته» أو «محله» بالضميم مع التاء أو بدونها فالأثني خبر «أن».

- أعني الشرط الخاص للانعقاد - سماع اثنين بوصف خاص للإيجاب والقبول. زاد في المحيط وكون المرأة من المحلات وقد علمت ما فيه. وركنه الإيجاب والقبول حقيقة أو حكماً كاللفظ القائم مقامهما من متولي الطرفين شرعاً. وحكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً، وحرمة المصاهرة وملك كل واحد منهما بعض الأشياء على الآخر مما سيرد عليك. كذا في فتح القدير.

وقد ذكر أحكامه في البدائع في فصل على حدة فقال: منها حل الوطء لا في الحيض والنفاس والإحرام وفي الظهار قبل التكفير. ووجوبه قضاء مرة واحدة وديانة فيما زاد عليها، وقيل يجب قضاء أيضاً. ومنها حل النظر والمس من رأسها إلى قدمها إلا لما نزع، ومنها ملك المنفعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعاً، ومنها ملك الحبس والقيود وهو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز، ومنها وجوب المهر عليه، ومنها وجوب النفقة والكسوة، ومنها حرمة المصاهرة، ومنها الإرث من الجانبين، ومنها وجوب العدل بين النساء في حقوقهن، ومنها وجوب طاعته عليها إذا دعاها إلى الفراش، ومنها ولاية تأديبها إذا لم تطعه بأن نشزت، ومنها استحباب معاشرتها بالمعروف وعليه حمل الأمر في قوله تعالى ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء: ١٩] وهو مستحب لها أيضاً والمعاشرة بالمعروف الإحسان قولاً وفعلًا وخلقاً إلى آخر ما في البدائع. ومن أحكامه أن لا يصح تعليقه بالشرط لكن قال في التتمة: تزوج امرأة إن شاءت أو قال إن شاء زيد فأبطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز لأن المشيئة، إذا بطلت في المجلس صار نكاحاً بغير مشيئة كما قالوا في السلم إذا أبطل الخيار في المجلس جاز السلم، ولو بدأ الزوج فقال تزوجتك إن شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط تم النكاح ولا يحتاج إلى إبطال المشيئة بعد ذلك، ولو قال تزوجتك بألف درهم إن رضي فلان اليوم؛ فإن كان فلان حاضراً فقال قد رضيت جاز النكاح استحساناً، وإن كان غير حاضر لم يجز، وليس هذا كقوله قد تزوجتك ولفلان الرضا لأن هذا قول قد وجب وشرط خيار، والأول لم يوجب وجعل الإيجاب مخاطرة. ولو قال تزوجتك اليوم على أن لك المشيئة اليوم إلى الليل فالنكاح جائز والشرط باطل كشرط الخيار ١ هـ. هكذا في البرازية لكن قال قبله: لو قالت زوجت نفسي منك إن رضي أبي لا يصح لأنه علقه بالخيار ١ هـ. وقياس ما تقدم أن الأب إن كان حاضراً في المجلس ورضي الجواز.

قوله: (لأن هذا قول قد وجب وشرط خيار والأول لم يوجب الخ) الذي رأيته في نسختين في البرازية هكذا لأن هذا قول قد وجب وشرط الخيار لغيره والأول مخاطرة ١ هـ قوله: (كشرط الخيار) أي فيما لو قال تزوجتك على أي بالخيار يجوز النكاح ولا يصح الخيار لأنه ما علق النكاح بالشرط بل باشر النكاح وشرط الخيار فيبطل شرط الخيار، كذا في الخانية قوله: (وقياس ما تقدم) أي من قوله

ثم رأيت في الظهيرية وفي البزازية: خطب بنت رجل لابنه فقال أبوها زوجها قبلك من فلان فكذبه أبو الابن فقال إن لم أكن زوجها من فلان فقد زوجها من ابنك وقبل أبو الابن ثم علم كذبه. انعقد لأن التعليق بالوجود تحقيقاً هـ. وفي المجتبى: زوجت نفسي منك بعد انقضاء عدتي فقبل لا يصح كالتعليق، وإضافته إلى وقت لا يصح وصفته فرض وواجب وسنة وحرام ومكروه ومباح. أما الأول فبأن يخاف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه إلا به لأن ما لا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضاً، وأما الثاني فبأن يخافه لا بالحيشية المذكورة إذ ليس الخوف مطلقاً مستلزماً بلوغه إلى عدم التمكن. وبه يحصل التوفيق بين قول من عبر بالافتراض وبين من عبر بالوجوب، وكل من هذين القسمين مشروط بشرطين: الأول ملك المهر والنفقة فليس من خافه إذا كان عاجزاً عنهما آثماً بتركه كما في البدائع. الثاني عدم خوف الجور فإن تعارض خوف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج وخوف الجور لو تزوج قدم الثاني فلا افتراض بل مكروه كما أفاده في فتح القدير. ولعله لأن الجور معصية متعلقة بالعباد والمنع من الزنا من حقوق الله تعالى، وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى تعالى. وأما الثالث فعند الاعتدال وسيأتي بيانه. وأما الرابع فبأن يخاف الجور بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه لأنه إنما شرع لمصلحة من تحصين النفس وتحصيل الثواب وبالجور يأتى ويرتكب المحرمات فتندم المصالح لرجحان هذه المفسدات. وأما الخامس فبأن يخافه لا بالحيشية المذكورة وهي كراهة تحريم، ومن أطلق الكراهة عند خوف الجور فراده القسم الثاني من القسمين. وأما السادس فبأن يخاف العجز عن الإيفاء بمواجهه. كذا في المجتبى يعني في المستقبل. وأما محاسنه فكثيرة ودلائله شهيرة.

قوله: (هو عقد يرد على ملك المتعة قصداً) أي النكاح عند الفقهاء. والمراد بالعقد

«ولو قال تزوجتك بألف درهم إن رضي فلان اليوم أخ» و«قياس» مبتدأ و«الجواز» خبره. وقوله بعده «ثم رأيت في الظهيرية» ساقط من بعض النسخ وعبرة الظهيرية هكذا: امرأة قالت لرجل بمحضر من الشاهدين تزوجتك على كذا إن أجاز أبي أو رضي فقال قبلت لا يصح، ولو كان الأب في المجلس فقال رضيت أو أجزت جازاً هـ. وذكر في الخاتمة ما ذكره في البزازية ونقله في النهر قبيل كتاب الصرف وقال: إنه الحق وإن ما في الظهيرية مشكل أي لما مر من حكمه لكن لا يخفى أن مسألة التتمة تؤيد تفصيل الظهيرية قوله: (لأن ما لا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضاً) قال في النهر: فيه نظر إذ الترك قد يكون بغير النكاح وهو التسري وحيث فلا يلزم وجوبه إلا لو فرضنا المسألة بأنه ليس قادراً عليه هـ. ولا يخفى عدم ورود النظر من أصله لأن قول المؤلف «بحيث لا يمكنه الاحتراز عنه إلا به» ظاهر في عدم القدرة على التسري قوله: (فمراده القسم الثاني من القسمين) أي قسمي الجور وهو القسم الذي ذكره في الخامس.

قول المصنف: (هو عقد) قال في الشرنبلالية: المراد بالعقد الحاصل بالمصدر احترازاً عن المعنى

مطلقاً نكاحاً كان أو غيره مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، سواء كان باللفظين المشهورين من «زوجت» و «تزوجت» أو غيرهما مما سيذكر، أو كلام الواحد القائم مقامهما أعني متولي الطرفين. وقول الورشكي إنه معنى يحل المحل فيتغير به حال المحل و «زوجت» و «تزوجت» آلة انعقاده، إطلاق له على حكمه فإن المعنى الذي يتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد، وقد صرح بإخراج اللفظين عن مسماه، وهو اصطلاح آخر غير مشهور. كذا في فتح القدير. وملك المتعة عبارة عن ملك الانتفاع والوطء كما في الكشف. ومعنى وروده عليه إفادته له شرعاً، فلو قال يفيد ملك المتعة أو يثبت به ملك المتعة قصداً لكان أظهر، والمراد أنه عقد يفيد حكمه بحسب وضع الشرع. والمراد بالملك الحل لا الملك

المصدري الذي هو فعل التكلم. كذا أفاده المصنف يعني صاحب الدرر في مناهيه قوله: (وقول الورشكي) بالواو والراء والشين المعجمة هو عمر بن عبد الكريم العلامة بدر الدين البخاري، تفقه عليه شمس الأئمة الكردي ببجات مات ببلخ سنة ٥٩٤ هـ تفقه على أبي الفضل الكرمانى كما في الجواهر المضيئة شيخ إسماعيل، وفي بعض النسخ الزركشي وهو تحريف قوله: (وملك المتعة عبارة عن ملك الانتفاع والوطء) قال في الدرر المتعة حل استمتاع الرجل من المرأة وهو يشير إلى أن الحق في التمتع للرجل لا للمرأة، ويتفرع عليه ما ذكره الأبياري شارح الكنز في شرحه للجامع الصغير في شرح قوله عليه السلام «احفظ عورتك إلا من زوجتك وما ملكت يمينك» من أن للزوج أن ينظر إلى فرج زوجته وحلقه دبرها بخلافها حيث لا تنظر إليه إذا منعها من النظر. كذا في حواشي مسكين وعبارة البدائع الآتية أظهر في إفادة ذلك تأمل قوله: (فلو قال يفيد ملك المتعة الخ) قال في النهر: الأقرب أن يكون يرد بمعنى يأتي. قال الجوهرى: الورود خلاف الصدور ا هـ. أي الرجوع «وعلى» تعليله أي يأتي وضعاً لكذا ا هـ. أي مثلها في «وَلْيَكْبِرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ» [البقرة: ١٨٥] أي لهديته إياكم تأمل قوله: (والمراد بالملك الحل الخ) قال في النهر: وفي سراج الدبوسي اختلفوا في أن هذا الملك في حكم ملك العين أو المتعة؛ قال أصحابنا بالأول، والشافعي بالثاني، وأجمعوا على أن جميع أجزائها ومنافعها له. واستدل أصحابنا بجواز نكاح الموضوعة أي الصغيرة ولا متعة وطء فيها ولا يرد ما لو وطئت بشبهة فإن البدل لها، ولو ملك العين لكان له لأن هذا الملك ليس حقيقياً بل في حكمه في حق تحليل الوطء دون ما سواه من الأحكام التي لا تتصل بحق الزوجية ا هـ. والظاهر أن الخلف لفظي، وإذا عرف هذا فما في البحر من أن المراد بالملك الحل لا الملك الشرعي لأن المنكحة الخ فيه نظر، بل يملك الانتفاع حقيقة ولا يلزمه ذلك ما مر ا هـ. وفيه نظر لأن مدار كلام الدبوسي على أن هذا الملك ليس حقيقياً وأن المراد منه حكمه وهو حل الوطء ونحوه وهو معنى كلام البحر على أن كلام الدبوسي مخالف لقول المتن يرد على ملك المتعة فإن مقتضاه أنه لا خلاف بيننا وبين الشافعي في ذلك. نعم كلام البدائع الآتي صريح في الخلاف عندنا لكن قول المؤلف هنا «ولو ملك الانتفاع ببعضها حقيقة لكان بدله له» فيه نظر لأن ملكه للبدل إنما يترتب على ملكه لذات البضع لا على ملكه لنفسه فيملك عقر أمته لملكه لذات بضعها ولا يملك عقر

الشرعي لأن المنكوحة لو وطئت بشبهة فمهرها لها، ولو ملك الانتفاع ببضعها حقيقة لكان بدله له. وذكر في البدائع أن من أحكامه ملك المتعة وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعاً أو ملك الذات والنفس في حق التمتع على اختلاف مشايخنا في ذلك. واحترز بقوله «قصداً» عما يفيد الحل ضمناً كما إذا ثبت في ضمن ملك الرقبة كسواء الجارية للتسري فإنه موضوع شرعاً لملك الرقبة وملك المتعة ثابت ضمناً وإن قصده المشتري، وإنما لم يكن ملك المتعة مقصوداً لملك الرقبة في الشراء أو نحوه لتخلفه عنه في شراء محرمه نسباً ورضاعاً والأمة المجوسية قوله: (وهو سنة وعند التوقان واجب) بيان لصفته، أما الأول فالمراد به السنة المؤكدة على الأصح وهو محمل من أطلق الاستحباب وكثيراً ما يتساهل في إطلاق المستحب على السنة. كذا في فتح القدير. وصرح في المحيط أيضاً بأنها مؤكدة ومقتضاه الإثم لو لم يتزوج لأن الصحيح أن ترك المؤكدة مؤثم كما علم في الصلاة. وأفاد بذكر وجوبه حالة التوقان أن محل الأول حالة الاعتدال كما في المجمع والمراد بها حالة القدرة على الوطء والمهر والنفقة مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن، فلو لم يقدر على واحد من الثلاثة أو خاف واحداً من الثلاثة فليس معتدلاً فلا يكون سنة في حقه كما أفاده في البدائع. ودليل السنية حالة الاعتدال الاقتداء بحاله ﷺ في نفسه ورده على من أراد من أمته التخلي للعبادة كما في الصحيحين رداً بليغاً بقوله «فمن رغب عن سنتي فليس مني» كما أوضحه في فتح القدير. والتوقان مصدر تأقت نفسه إلى كذا إذا اشتاقت من باب طلب. كذا في المغرب. والمراد به أن يخاف منه الوقوع في الزنا لو لم يتزوج إذ لا يلزم من الاشتياق إلى الجماع الخوف المذكور. وأراد بالواجب اللازم فيشمل الفرض والواجب الاصطلاحي فإنما قدمنا أنه فرض وواجب. ولم يذكر أنه حرام أو مكروه كما في المجمع لأن الجور حرام بالنسبة إلى كل شخص وليس هو مختصاً بالنكاح حتى يجعل من أحكامه وصفته.

زوجته لعدم ملك الذات، بل هو مالك لمنفعته وملك كل شيء بحسبه، ولذا فسر في البدائع الملك هنا بالاختصاص قوله: (أما الأول فالمراد به السنة المؤكدة على الأصح) قال في النهر وقال بعض مشايخنا: إنه فرض كفاية، وقيل بل واجب على الكفاية، وقيل على التعيين وينبغي ترجيحه لثبوت المواظبة عليه والإنكار على من رغب عنه اهـ. وهو وجيه ولا يبعد أن يكون المراد بالسنية لما مر في باب الإمامة من تصريح صاحب البدائع وغيره في الجمع بين القول بوجوب الجماعة وسنيتها بأنه اختلاف في العبارة لأن السنة المؤكدة والواجب سواء اهـ. تأمل. ولا يتنافى ذلك كون الوجوب عند التوقان لأن الواجب يختلف فإذا خاف الوقوع في الحرام وتركه يكون إثمه أشد من تركه عند عدم التوقان قوله: (والمراد به أن يخاف منه الوقوع في الزنا) أي الخوف بمعنييه السابقين لحمله الواجب على ما يشمل الفرض.

والجور الظلم يقال جار أي ظلم. وأفاد بالسنية أن الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادات ولذا قال في المجمع: وتفضله على التخلي للنوافل. واستدل له في البدائع بوجوه: الأول أن السنن مقدمة على النوافل بالإجماع. الثاني أنه أوعد على ترك السنة ولا وعيد على ترك النوافل. الثالث أنه فعله رسول الله ﷺ وواظب عليه وثبت عليه بحيث لم يخل عنه بل كان يزيد عليه، ولو كان التخلي للنوافل أفضل لفعله. وإذا ثبت أفضليته في حقه ثبتت في حق أمته لأن الأصل في الشرائع هو العموم والخصوص بدليل. والرابع أنه سبب موصل إلى ما هو مفضل على النوافل لأنه سبب لصيانة النفس عن الفاحشة ولصيانة نفسها عن الهلاك بالنفقة والسكنى واللباس والحصول الولد الموحد. وأما مدحه تعالى يحیی عليه السلام بكونه سيداً وحسوراً وهو من لا يأتي النساء مع القدرة فهو في شريعتهم لا في شريعتنا هـ.

وأشار المصنف بكونه سنة أو واجباً إلى استحباب مباشرة عقد النكاح في المسجد لكونه عبادة، وصرحوا باستحبابه يوم الجمعة، واختلفوا في كراهية الزفاف والمختار أنه لا يكره إلا إذا اشتمل على مفسدة دينية. وروى الترمذي عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ «أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف»^(١) كذا في فتح القدير. وفي الذخيرة: ضرب الدف في العرس مختلف فيه ومحل ما لا جلاجل له أما ماله جلاجل فمكروه، وكذا اختلفوا في الغناء في العرس والوليمة فمنهم من قال بعدم كراهته كذا رب الدف هـ. وفي فتاوى العلامة: من أراد أن يتزوج فليدب له أن يستدين له فإن الله تعالى ضامن له الأداء فلا يخاف الفقر إذا كان من نيته التحصين والتعفف، ويتزوج امرأة صالحة معروفة النسب والحسب والديانة فإن العرق نزاع، ويحْتَنَب المرأة الحسنة في منبت السوء، ولا يتزوج امرأة لحسبها وعزها ومالها وجمالها فإن تزوجها لذلك لا يزداد به إلا ذلاً وفقراً ودناءة. ويتزوج من هي فوقه في الخلق والأدب والورع والجمال ودونه في العز والخرفة والحسب والمال والسن والقامة فإن ذلك أيسر من الحقارة والفتنة. ويختار أيسر النساء خطبة ومؤنة. ونكاح البكر أحسن للحديث «عليكم بالأبكار فإنهم أعذب أفواهاً وأنقى أرحاماً وأرض باليسير»^(٢) ولا يتزوج طويلة مهزولة ولا قصيرة ذميمة، ولا مكثرة ولا سيئة الخلق ولا ذات الولد ولا مسنة للحديث «سوداء ولود خير من حسناء عقيم» ولا يتزوج الأمة مع طول الحرية ولا حرة بغير إذن وليها لعدم الجواز عند البعض. ولا زانية. والمرأة تختار الزوج الدين الحسن الجواد الموسر ولا تتزوج فاسقاً، ولا يزوج ابنته الشابة شيخاً كبيراً ولا رجلاً ذميماً ويزوجها كفواً، فإذا خطبها الكفو لا يؤخرها، وهو كل مسلم تقي. وتحلية البنات

(١) رواه النسائي في كتاب النكاح باب ٧٢.

(٢) رواه ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٧.

وقبول وضعاً للمضي أو أحدهما وإنما يصح بلفظ النكاح والتزويج وما وضع لتتملياً

بالخلي والحلل ليرغب فيهن الرجال سنة، ونظره إلى مخطوبته قبل النكاح سنة فإنه داعية للألفة. ولا يخطب مخطوبة غيره لأنه جفاء وخيانة، وتماه في الفصل الخامس والثلاثين منها. وفي المجتبى: يستحب أن يكون النكاح ظاهراً وأن يكون قبله خطبة وأن يكون عقده في يوم الجمعة وأن يتولى عقده ولي رشيد وأن يكون بشهود عدول منها.

قوله: (وينعقد بالإيجاب وقبول وضعاً للمضي أو أحدهما) أي ينعقد النكاح أي ذلك العقد الخاص ينعقد بالإيجاب والقبول حتى يتم حقيقة في الوجود. والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعاً ويستعقب الأحكام بالشرائط الآتية. كذا قرره الكمال هنا. وقرر في كتاب البيع ما يفيد أن المراد هنا من الانعقاد الثبوت وأن الضمير يعود إلى النكاح باعتبار حكمه، فالمعنى يثبت حكم النكاح بالإيجاب والقبول. ومقصوده في البابين تحقيق أن الإيجاب مع القبول عين العقد لا غيره كما يفهم من ظاهر العبارة. والحق أن العقد مجموع ثلاثة: الإيجاب والقبول والارتباط الشرعي، فلم يكن الإيجاب والقبول عين العقد لأن جزء الشيء ليس عينه وسيأتي تمامه في البيع إن شاء الله تعالى. والإيجاب لغة الإثبات، واصطلاحاً هنا اللفظ الصادر أولاً من أحد المتخاطبين مع صلاحية اللفظ لذلك، رجلاً كان وامرأة. والقبول اللفظ الصادر ثانياً من أحدهما الصالح لذلك مطلقاً، فما وقع في المعراج وغيره من أنه لو قدم القبول على الإيجاب بأن قال تزوجت ابنتك فقال زوجتكها فإنه ينعقد غير صحيح إذ لا يتصور تقديمه، بل قوله تزوجت ابنتك إيجاب والثاني قبول. وهل يكون القبول بالفعل كالقبول باللفظ كما في البيع؟ قال في البزازية: أجاب صاحب البداية في امرأة زوجت نفسها بألف من رجل عند الشهود فلم يقل الزوج شيئاً لكن أعطاها المهر في المجلس أنه يكون قبولاً. وأنكره صاحب المحيط وقال: لا ما لم يقل بلسانه قبلت بخلاف البيع لأنه ينعقد بالتعاطي، والنكاح لخطره لا ينعقد حتى يتوقف على الشهود بخلاف إجازة نكاح الفضولي بالفعل لوجود القول ثمة اهـ. وهل يكون القبول بالطلاق؟ قال في الخانية من تعليق الطلاق: امرأة قالت لأجنبي زوجت نفسي منك فقال الرجل فأنت طالق طلقت، ولو قال أنت طالق لا تطلق، ولا يكون هذا الكلام قبولاً للنكاح لأن هذا الكلام إخبار أما في المسألة الأولى جعل طلاقها جزاء لنكاحها وطلاقها لا يكون جزاء لنكاحها إلا بالقبول فيكون كلامه قبولاً للنكاح ثم يقع الطلاق بعده اهـ. فقد ساوى النكاح البيع فإنه لو قال بعثتك هذا العبد بكذا فقال فهو حر عتق، ولو قال بدون الفاء لا وهذا بخلاف الإقرار. قال في البزازية: قالت أنا امرأتك فقال لها أنت طالق يكون إقراراً

قوله: (تقديمه) أي القبول قوله: (ولا يكون هذا الكلام) أي أنت بدون الفاء.

بالنكاح وتطلق هي لاقضائه النكاح وضعاً، ولو قال ما أنت لي بـزوجة وأنت طالق لا يكون إقراراً لقيام القرينة المتقدمة على أنه ما أراد بالطلاق حقيقته ^١ هـ. أطلق في اللفظين فشمّل اللفظين حكماً وهو اللفظ الصادر من متولي الطرفين شرعاً، وشمّل ما ليس بعربي من الألفاظ وما لم يذكر معهما المفعولان أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لأن الحذف لدليل كائن في كل لسان. وإنما اختير لفظ الماضي لأن واضح اللغة لم يضع للإنشاء لفظاً خاصاً وإنما عرف الإنشاء بالشرع، واختيار لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت دون المستقبل. وقوله «أو أحدهما» بيان لانعقاده بلفظين: أحدهما ماضٍ والآخر مستقبل كقوله زوجني ابنتك فقال زوجتك وهو صريح في أن المستقبل إيجاب، وقد صرح به قاضيخان في فتاواه حيث قال: ولفظه الأمر في النكاح إيجاب، وكذا الطلاق والخلع والكفالة والهبة إلى آخر ما ذكره، وكذا في الخلاصة.

وذهب صاحب الهداية والمجمع إلى أن الأمر ليس بإيجاب وإنما هو توكيل، وقوله زوجتك قائم مقام اللفظين بخلافه في البيع لما عرف أن الواحد في النكاح يتولى الطرفين بخلاف البيع وهو توكيل ضمنى فلا ينافيه اقتصره على المجلس، فقد علمت اختلاف المشايخ في أن الأمر إيجاب أو توكيل فما في المختصر على أحد القولين فاندفع ما اعترض به مثلاً خسر ومن أن صاحب الكنز خالف الكتب فلم يتنبه لما في الهداية، فالمتعرض غفل عن القول الآخر حفظ شيئاً وغابت عنه أشياء مع أن الراجح كونه إيجاباً لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد، قصد تحقيق المعنى أولاً، وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجاباً، ويستغنى عما أورد أنه توكيل من أنه لو كان توكيلاً لما اقتصر على المجلس. كذا رجحه الكمال، لكن يرد عليه ما لو قال الوكيل بالنكاح هب ابنتك لفلان فقال الأب وهبت فإنه لا ينعقد النكاح ما لم يقل الوكيل بعده قبلت. كذا في الخلاصة معللاً بأن الوكيل لا يملك التوكيل ولم يذكر خلافاً. وفي الظهيرية: لو قال هب ابنتك لابني فقال وهبت لم يصح ما لم يقل أبو الصغير قبلت.

قوله: (فاندفع ما اعترض به مثلاً خسرو) دفعه في النهر بوجه آخر وهو أن ما في المختصر ليس نصاً في أنه إيجاب إذ كون أحدهما للماضي يصدق يكون الثاني للحال قوله: (لكن يرد عليه) أي على أن الأمر إيجاب قوله: (كذا رجحه الكمال) قال في النهر: ثم قال: والظاهر أنه لا بد من اعتباره توكيلاً، وإلا بقي طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعينه بكذا فيقول بعث بلا جواب ^١ هـ. ثم ذكر في النهر ما أورده المؤلف من كلام الخلاصة ثم قال: لكن في بيوع الفتح الفرق بين النكاح والبيع على أن الأمر إيجاب أن النكاح لا يدخله المساومة لأنه لا يكون إلا بعد مقدمات ومراجعات فكان للتحقيق بخلاف البيع، وما في الخلاصة مفرع على أنه توكيل كما دل عليه التعليل وينبغي على أنه إيجاب أن لا يحتاج إلى القبول قوله: (وفي التهمة لو قال هب ابنتك الخ) قال

وفي التتمة: لو قال هب ابنتك لفلان فقال الأب وهبت ما لم يقل الوكيل قبلت لا يصح، وإذا قال قبلت فإن قال لفلان صح النكاح للموكل، وإن قال مطلقاً قبلت يجب أن يصح أيضاً للموكل، وهذا يدل على أن من قال بعد ما جرى بينهما كلام بعث هذا العبد بألف درهم وقال الآخر اشتريت يصح وإن لم يقل البائع بعث منك ا هـ. وما في الظهيرية مشكل لأن للأب أن يوكل في نكاح ابنه فلو كان الأمر إيجاباً لم يتوقف على القبول إلا أن يقال إنه مفرع على القول بأنه توكل لا إيجاب، وحيث تظهر ثمرة الاختلاف بين القولين لكنه متوقف على النقل. وصرح في فتح القدير بأنه على أن الأمر توكل يكون تمام العقد بالمجيب وعلى القول بأن الأمر إيجاب يكون تمام العقد قائماً بهما ا هـ. فعلى هذا لا يشترط سماع الشاهدين للأمر على القول الأول لأنه لا يشترط الإشهاد على التوكيل ويشترط على القول الثاني كما لا يخفى، وظاهر ما في المعراج أن زوجني وإن كان توكيلاً لكن لما لم يعمل زوجت بدونه نزل منزلة شطر العقد، فعلى هذا يشترط سماع الشاهدين للفظه الأمر أيضاً على القول بأنها توكل

الرملي: وبه يعلم حكم ما لو قال زوجت موكلك فقال الوكيل قبلت ولم يقل لموكل فاعلمه فإنه كثير الوقوع ا هـ أي فيصح قوله: (وهذا يدل على أن من قال بعد ما جرى بينهما كلام النخ) تأمل في هذه الدلالة. نعم ما يأتي عن الظهيرية من قوله «وهذه المسألة تدل النخ» الدلالة فيه ظاهرة تأمل قوله: (لأن للأب أن يوكل في نكاح ابنه) أي فلا يصح أن يكون مفرعاً على أنه توكل لأنه حيثئذ يكون تمام العقد بالمجيب غير متوقف على قبول الأب بعد وقوله «فلو كان الأمر إيجاباً النخ» صحيح في نفسه ولكن تفريعه على ما قبله غير صحيح، فالصواب إبدال قوله «إيجاباً» بتوكيلاً لأن عدم كونه مفرعاً على كونه إيجاباً قد علم من قوله أولاً لكن يرد عليه النخ» أي على أن الأمر إيجاب. وعلى كل فقوله «إلا أن يقال النخ» غير صحيح وكذا قوله «وحيثئذ تظهر ثمرة الاختلاف» لأنه ظهر أنه لا يصح تفريعه على كل من القولين إذ لو كان إيجاباً وتوكيلاً لما توقف على قوله «ثانياً قبلت» بل لو كان إيجاباً كان قول الآخر وهبت قبولاً فيتم العقد. وكذا لو كان توكيلاً كما علمته مما مر ويمكن تصحيح كلامه على وجه بعيد وهو أن يجعل قوله «فلو كان الأمر إيجاباً» تفرعاً على قوله «لكن يرد عليه النخ» فلا يرد شيء مما مر فتدبر. هذا وقد أجاب في الرمز عن إشكال المؤلف بأنه إنما توقف الانعقاد على القبول فيما ذكر من الفروع لأنه لم يظهر إرادة الإيجاب فيها لأن الوكيل أو الأب إذا اجتمع فقال هب ابنتك لفلان أو لا بني أو اعطها مثلاً كان ظاهراً في الطلب وأنه مستقبل لم يرد به الحال والتحقق فلم يتم به عقد بخلاف زوجني ابنتك بعد الخطبة ونحوها فإنه ظاهر في التحقق والإثبات الذي هو معنى الإيجاب فلا يرد عليه أنه يصح توكيل الأب في تزويج ولده لأننا نقول: لفظه هذا يخرج مخرج الإيجاب والإثبات لكونه إنشاءاً للتزويج فلا بد أن يظهر منه معنى الإثبات كما يأتي عن الأسبيجاني، ويشهد له ما في البزازية: طلب منها الزنا فقالت وهبت نفسه منك، وقيل لا يكون نكاحاً بخلاف الهبة ابتداء على وجه النكاح.

أيضاً. ثم رأيت في الفتاوى الظهيرية ما يدل على أنه لا يشترط سماع الشهود للفظ الأمر قال في النكاح بالكتابة سواء قال زوجي نفسك مني فبلغها الكتاب فقالت زوجت أو كتب تزوجتك وبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي منك لكن في الوجه الأول لا يشترط إعلامها الشهود، وفي الوجه الثاني يشترط ١ هـ. وإنما جعل الأمر إيجاباً في النكاح على أحد القولين ولم يجعل في البيع إيجاباً اتفاقاً لأنه لا مساومة في النكاح لأنه لا يكون إلا بعد مقدمات ومراجعات غالباً فكان للتحقيق بخلاف البيع لا يتقدمه ما ذكر فكان الأمر فيه للمساومة كما ذكره الكمال في البيوع، وبه اندفع ما ذكره في النكاح كما لا يخفى. هذا مع أن المصنف لم يصرح بالمستقبل وإنما ذكر أنه ينعقد بلفظين أحدهما ماضٍ وسكت عن الآخر لشموله الحال والمستقبل ومنه الأمر وقد علمته، وأما المضارع فإن كان مبدوءاً بالهمزة نحو أتزوجك فتقول زوجته نفسي فإنه ينعقد. علله في المحيط بأنه وإن كان حقيقة في الاستقبال إلا أنه يحتمل الحال كما في كلمة الشهادة وقد أراد به التحقيق والحال لا المساومة بدلالة الخطبة والمقدمات بخلاف البيع ١ هـ. ولا حاجة إليه لأن الأصح أن المضارع موضوع للحال وعليه تتفرع الأحكام كما في قوله «كل مملوك أملكه فهو حر» فإنه يعتق ما في ملكه في الحال لا ما يملكه بعد إلا بالنية لما ذكرنا. وإن كان مبدوءاً بالتاء نحو تزوجني بتك فقال فعلت ينعقد به إن لم يقصد به الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الأول لأنه لا يستخبر نفسه عن الوعد، وإذا كان المقصود هو المعنى لا اللفظ لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال كما ذكره الأسبيجاني لو قال هل أعطيتنها فقال أعطيتك إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح. وفي فتح القدير: والانعقاد بقوله «أنا متزوجك» ينبغي أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء. وشمل كلام المصنف ما في النوازل لو قال زوجيني نفسك فقالت بالسمع

قوله: (لا يشترط إعلامها الشهود) أي بما في الكتاب، ونقل في شرح درر البحار الاتفاق عليه وسببين المؤلف عبارة الظهيرية في شرح قول المصنف «عند حرين» قوله: (وبه اندفع ما ذكره في النكاح) وهو ما قدمنا ذكره عن النهر من قوله «ثم قال والظاهر الخ» قوله: (مع إن المصنف لم يصرح بالمستقبل) مرتبط بقوله أولاً لما في المختصر على أحد القولين وهو جواب آخر عن اعتراض الدرر حاصله منع أن المراد في كلام المصنف أن الأمر إيجاب. قال في النهر: وهو - أي كلام الدرر - مردود بوجهين: الأول أن ما في الكتاب ليس نصاً في أنه إيجاب إذ كون أحدهما لماضي يصدق بكون الثاني للحال. الثاني سلمناه لكن لا نسلم أنه مخالف لكلامهم الخ. وبه تعلم ما في كلام المؤلف هنا إذ لا يصح الجواب مع شمول للمستقبل على أنه كان المناسب تقديم هذا الجواب كما فعل في النهر كما لا يخفى على من له معرفة بفن البحث قوله: (بخلاف الأول) أي المبدوء بالهمزة لكن قد يقال إنه وإن لم يحتمل الاستيعاد لكنه يحتمل الوعد تأمل قوله: (كالمضارع المبدوء بالهمزة) قال في

والطاعة، وما إذا قال كوني امرأتى فقبلت كما في فتح القدير. وفي الظهيرية: لو قال أبو الصغيرة لأبي الصغير زوجت ابنتي ولم يزد عليه شيئاً فقال أبو الصغير قبلت يقع النكاح للأب هو الصحيح. ويجب أن يحتاط فيه فيقول قبلت لابني. وهذه المسألة تدل على أن من قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعث هذا العبد وقال الآخر اشتريت يصح وإن لم يقل بعث منك والخلع على هذا ١ هـ.

ولم يذكر المصنف شرائط الإيجاب والقبول فمنها اتحاد المجلس إذا كان الشخصان حاضرين فلو اختلف المجلس لم ينعقد، فلو أوجب أحدهما فقام الآخر أو اشتغل بعمل آخر بطل الإيجاب لأن شرط الارتباط اتحاد الزمان فجعل المجلس جامعاً تيسيراً. وأما الفور فليس من شرطه فلو عقدا وهما يمشيان ويسيران على الدابة لا يجوز، وإن كانا على سفينة سائرة جاز وسيأتي تمامه في البيع إن شاء الله تعالى. ومنها أن لا يخالف القبول الإيجاب فلو أوجب بكذا فقال قبلت النكاح ولا أقبل المهر لا يصح وإن كان المال فيه تبعاً كما في الظهيرية بخلاف ما لو قالت زوجت نفسي منك بألف فقال قبلت بألفين فإن يصح والمهر ألف إلا إن قبلت الزيادة في المجلس فهو ألفان على المفتي به كما في التجنيس، وبخلاف ما لو قال تزوجتك بألف فقالت قبلت بخمسائة فإنه صحيح ويجعل كأنها قبلت الألف وحطت عنه خمسمائة كما في الذخيرة. وفي الظهيرية: لو قالت لرجل زوجت نفسي منك بألف فقال الرجل قبلت قبل أن تنطق المرأة بالتسمية لا ينعقد النكاح ما لم يقل الزوج قبلت بعد التسمية. ومنها سماع كل منهما كلام صاحبه لأن عدم سماع أحدهما كلام صاحبه بمنزلة غيبته كما في الوقاية. وقيد المصنف انعقاده باللفظ لأنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضرين فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد، وأما من الغائب فكالخطاب، وكذا الرسول فيشترك سماع الشهود قراءة الكتاب وكلام الرسول. وفي المحيط: الفرق بين الكتاب والخطاب أن في الخطاب لو قال قبلت في مجلس آخر لم يجز، وفي الكتاب يجوز لأن الكلام كما وجد تلاشى فلم يتصل الإيجاب بالقبول في مجلس آخر، فأما الكتاب فقام في مجلس آخر وقراءته بمنزلة خطاب الحاضر فاتصل الإيجاب بالقبول فصح ١ هـ. ثم اعلم أن الشرط سماع الشهود قراءة الكتاب مع قبولها أو حكايتها ما في الكتاب لهم، فلو قالت إن فلاناً كتب إلي بخطبني فاشهدوا أي قد زوجت نفسي منه صح النكاح، وتماه في الفصل السابع عشر في النكاح بالكتابة من الخلاصة، وقيد بالإيجاب

النهر: ولم يذكر المضارع المبدوء بالنون كنتزوجك أو تزوجك من ابني وينبغي أن يكون كالمبدوء بالهمزة.

قوله: (ثم اعلم إن الشرط سماع الشهود قراءة الكتاب الخ) قد مر تقييده عن الظهيرية بما إذا لم يكتب إليها زوجي نفسك مني وإلا فلا يشترط، وسيعيد عبارة الظهيرية عند قول المتن «عند

والقبول لأنه لا ينعقد بالإقرار فلو قال بحضرة الشهود هي امرأتي وأنا زوجها وقالت هو زوجي وأنا امرأته لم ينعقد النكاح لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت وليس بإنشاء. ونقل قاضيه عن ابن الفضل انعقاده به مقتضراً عليه والمختار الأول كما في الوقائع والخلاصة. وصح في الذخيرة أن الإقرار إن كان بمحضر الشهود صح النكاح وجعل إنشاء وإلا فلا. ومن شروط الركن أن يضيف النكاح إلى كلها أو ما يعبر به عن الكل كالرأس والرقبة بخلاف اليد والرجل كما عرف في الطلاق وقالوا: الأصح أنه لو أضاف الطلاق إلى ظهرها وبطنها لا يقع. كذا العتق، فلو أضاف النكاح إلى ظهرها أو بطنها ذكر الحلواني قال مشايخنا: الأشبه من مذهب أصحابنا أنه ينعقد النكاح.

وذكر ركن الإسلام والسرخسي ما يدل على أنه لا ينعقد النكاح. كذا في الذخيرة. ولو قال تزوجت نصفك فالأصح عدم الصحة كما في الحانية، وقولهم إن ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كطلاق نصفها يقتضي الصحة. وقد ذكر في المبسوط في موضع جوازه إلا أن يقال: إن الفروج محتاط فيها فلا يكفي ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة في ذات واحدة فترجح الحرمة. كذا في الحانية. ومنها أن لا تكون المنكوحة بمجهولة فلو زوجه

حرين» ويبين أن ما هنا ليس على إطلاقه قوله: (لأنه لا ينعقد بالإقرار) لا يتأف به ما صرحوا به من أن النكاح يثبت بالتصادق لأن المراد بقولهم «لا ينعقد بالإقرار» أي لا يكون صيغ العقد، والمراد من قولهم «إنه يثبت بالتصادق» أن القاضي يثبت به ويحكم به، كذا في حواشي مسكين معزياً للحانوتي قوله: (قال مشايخنا الأشبه من مذهب أصحابنا أنه ينعقد النكاح) قال في النهر: فيحتاج إلى الفرق ١ هـ. أي الفرق بين النكاح والطلاق فإن مقتضى القاعدة الآتية من أن ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله صحة الطلاق والنكاح، وقاعدة إذا اجتمع ما يوجب الحل والحرمة في ذات واحدة ترجح الحرمة يقتضي صحة الطلاق دون النكاح. والجواب عما قاله في النهر أن من قال بوقوع الطلاق بذلك يقول بصحة النكاح، ومن قال لا يقع يقول لا يصح النكاح بدليل ما ذكره في الذخيرة أيضاً في كتاب الطلاق: إذا قال لها نصفك طالق ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه أنه لا يقع، وذكر شمس الأئمة الحلواني أنه يقع. وإن قال ظهرك طالق أو بطنك قال شمس الأئمة السرخسي في شرحه: إن الأصح أنه لا يقع واستدل بمسألة ذكرها في الأصل: إذا قال ظهرك علي كظهر أمي أو قال بطنك علي كبطن أمي أنه لا يصير مظاهراً. وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه: الأشبه بمذهب أصحابنا أنه يقع الطلاق قال: وهو نظير ما قال مشايخنا فيما إذا أضيف عقد النكاح إلى ظهر المرأة أو إلى بطنها أن الأشبه بمذهب أصحابنا أنه ينعقد النكاح ١ هـ. قوله: (فالأصح عدم الصحة كما في الحانية) أقول: ورأيت مثله في الظهيرية ونصه: ولو أضاف النكاح إلى نصف المرأة فيه روايتان والصحيح أنه لا يصح ١ هـ. وهكذا رأيت في نسخة أخرى من الظهيرية، فما عزي إلى الظهيرية من تصحيح الصحة غير صحيح قوله: (وله بتتان) أي ليست إحداها ذات زوج. قال في

بنته ولم يسمها وله بنتان لم يصح للجهالة بخلاف ما إذا كان له بنت واحدة إلا إذا سماها بغير اسمها ولم يشر إليها فإنه لا يصح كما في التجنيس. فلو كان له بنتان كبرى واسمها عائشة وصغرى واسمها فاطمة فأراد تزويج الكبرى فغلط فسمها فاطمة انعقد على الصغرى، فلو قال فاطمة الكبرى لم ينعقد لعدم وجودها. وفي الذخيرة: إذا كان للمزوج ابنة واحدة وللقابل ابن واحد فقال زوجت ابنتي من ابنك يجوز النكاح، وإذا كان للمزوج ابنة واحدة وللقابل ابنان إن سمى القابل الابن باسمه صح النكاح للابن المسمى، وكذلك إذا لم يسمه، واقتصر على قوله قبلت يجوز النكاح ويجعل قوله «قبلت» جواباً فيتنقيد بالإيجاب. ولو ذكر القابل الابن إلا أنه لم يسمه باسمه بأن قال قبلت لابني لا يصح لأنه لا يمكن أن يجعل جواباً لأنه زاد عليه، ولو كان للمرأة اسمان تزوج بما عرفت به. وفي الظهيرية: والأصح عندي أن يجمع بين الاسمين، وسيأتي حكم ما إذا كانت حاضرة منتقبة. وفي الخانية: لو وكلت امرأة رجلاً بأن يزوجه فزوجها وغلط في اسم أبيها لا ينعقد النكاح إذا كانت غائبة اهـ. ولم يشترط المصنف الفهم قال في التجنيس: ولو عقدا عقد النكاح بلفظ لا يفهمان كونه نكاحاً هل ينعقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: ينعقد لأن النكاح لا يشترط فيه القصد اهـ. يعني بدليل صحته مع الهزل وظاهره ترجيحه ولم يشترط أيضاً تمييز الرجل من المرأة وقت العقد للاختلاف لما في النوازل في صغيرين قال أبو أحدهما زوجت بنتي هذه من ابنك

البزازية: رجل له بنتان مزوجة وغير مزوجة وقال عند الشهود زوجت بنتي منك لم يسم اسم البنت وقال الخاطب قبلت صح وانصرف إلى الفارغة اهـ. قوله: (لم يصح للجهالة) قال الرملي: إطلاقه دال على عدم الصحة ولو جرت مقدمات الخطبة على واحدة منهما بعينها لتمييز المنكوحة عند الشهود فإنه لا بد منه كما سيصرح به في شرح قوله «عند حرين» تأمل اهـ. أقول: ظاهره أنها لو تميزت عند الشهود أيضاً بجريان مقدمات الخطبة عليها يصح العقد وهي واقعة الفتوى تأمل. ولا ينافي هذا ما إذا وقعت الخطبة على إحدهما وقت العقد عقداً باسم الأخرى خطأ فإنه يصح على التي سماها وذلك لأن مقدمات الخطبة قرينة معينة إذا لم يعارضها صريح والتصريح بذلك الأخرى صريح فلا تعمل معه القرينة بخلاف مسألتنا فإن مقدمات الخطبة لما عينت واحدة منهما عند العاقلين والشهود ارتفعت الجهالة وهو الشرط ولم يعارض القرينة شيء صريح. هذا ما ظهر فتأمل.

قوله: (يجوز النكاح) قال الرملي: أي لابنه المسمى في الإيجاب قوله: (ولو عقدا عقد النكاح بلفظ لا يفهمان الخ) قال في الخانية: وإن لم يعلم أن هذا لفظ يعقد به النكاح. فهذه جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع والإبراء عن الحقوق والبيع والتمليك فالطلاق والعتاق والتدبير واقع في الحكم. ذكره في عتاق الأصل في باب التدبير. وإذا عرف الجواب في الطلاق والعتاق ينبغي أن يكون النكاح كذلك لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط

هذا وقبل ثم ظهر الجارية غلاماً والغلام جارية جاز ذلك. وقال العتابي: لا يجوز. وفي القنية: زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين.

قوله: (وإنما يصح بلفظ النكاح والتزويج وما وضع لتمليك العين في الحال) بيان لانحصار اللفظين فيما ذكر، أما انعقاده بلفظ النكاح والتزويج فلا خلاف فيه، وما انعقاده بما وضع لتمليك الأعيان فمذهبنا لأن التمليك سبب للملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح، فأطلق اسم السبب كالهبة وأريد المسبب وهو ملك المتعة وإن كان ملك المتعة قصدياً في النكاح ضمناً في التمليك، وإنما لم يصح التمليك بلفظ النكاح لما تقرر في الأصول أن استعارة السبب للمسبب جائزة مطلقاً وعكسه لا يجوز إلا بشرط الاختصاص من الجانبين، ولذا صح التجوز بلفظ العتق عن الطلاق دون عكسه. والخلوص في قوله تعالى ﴿خالصة لك﴾ [الأحزاب: ٥٠] إنما هو في عدم المهر لا في الانعقاد بلفظ الهبة كما عرف في الخلافات فينعقد النكاح بلفظ الهبة والعطية والصدقة والمالك والتمليك والجعل والبيع والشراء على الأصح. وأما بلفظ السلم فإن جعلت المرأة رأس مال السلم فإنه ينعقد إجماعاً، وإن جعلت مسلماً فيها ففيه اختلاف؛ قيل لا ينعقد لأن السلم في الحيوان لا يصح، وقيل ينعقد لأنه يثبت به ملك الرقبة والسلم في الحيوان ينعقد حتى لو اتصل به القبض فإنه يفيد ملك الرقبة ملكاً فاسداً وليس كل ما يفسد الحقيقي يفسد مجازيه. ورجحه في فتح القدير وهو مقتضى ما في المتون. وفي الصرف روايتان وقولان. قيل لا ينعقد به لأنه وضع لإثبات ملك ما لا يتعين من النقد والمعقود عليه هنا متعين، وقيل ينعقد به لأنه يثبت به ملك العين في الجملة وينبغي ترجيحه لدخوله تحت الكلية التي في المختصر، وكذا في انعقاده بلفظ القرض قولان أصحهما عدم الانعقاد كما في الكشف والولولجية، وفي الفتاوى الصيرفيه الأصح الانعقاد اهـ. وينبغي اعتماده لما أنه يفيد ملك العين للحال، وكذا في انعقاده بلفظ الصلح قولان وجزم في غاية البيان بعدمه لأنه موضوع للحطيطة وإسقاط الحق، وكذا في

فيما يستوي فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحو ذلك، وغنامه فيها ومثله في الظهيرية قوله: (وقال العتابي لا يجوز) قال الرملي: غالب الناس على الأول حتى إن كثيراً لم ينقل قول العتابي واقتصر على الأول قوله: (أما انعقاده بلفظ النكاح الخ) حاصل الألفاظ المذكورة هنا أربعة أقسام: قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف في خارج المذهب، وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد، وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه، وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به. فالأول ما سوى لفظي النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل، والثاني البيع والشراء، والثالث الإجارة، والرابع الإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع. كذا في الفتح وسيرد عليك الجميع مع زيادة على ما ذكر قوله: (على الأصح) قيد للبيع والشراء كما علمت من كلام الفتح.

انعقاده بلفظ الرهن قولان أصحهما عدم الانعقاد كما في الولوالجية وهو ظاهر لأنه لا يفيد الملك أصلاً. قيد بما وضع للتمليك احترازاً عما لا يفيد فلا ينعقد بلفظ الفداء كما لو قالت فديت نفسي منك فقبل كما في الخانية. والإبراء والفسخ والإقالة والخلع والكتابة والتمتع والإباحة والإحلال والرضى والإجازة - بالزاي - والوديعة لأنها لا تفيد الملك أصلاً. وقيد بتمليك العين احترازاً عما يفيد ملك المنفعة فقط كالعارية فلا ينعقد بها على الصحيح وأما بلفظ الإجارة فإن جعلت المرأة أجرة فينعقد اتفاقاً لأنه يفيد ملك العين للحال في الجملة بأن شرط الحلول أو عجلت، وأما إذا لم تجعل أجرة كقوله أجرتك ابنتي بكذا فالصحيح أنه لا ينعقد لأنها لا تفيد ملك العين ولأن بينهما مضادة لأن التأييد من شرائطه والتأقيت من شرائطها، واحترازاً عما يفيد تمليك بعض العين كلفظ الشركة فإنه لا ينعقد به كما في الظهيرية. وقيد بقوله «في الحال» احترازاً عن لفظ الوصية فإنه لا ينعقد النكاح به لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت. كذا أطلق الشارحون، وقيد في الولوالجية والظهيرية بما إذا أطلق أو أضاف إلى ما بعد الموت، أما إذا قال أوصيت ببضع ابنتي للحال بألف درهم فقبل الآخر انعقد النكاح لأنه صار مجازاً عن التمليك والمعتمد الإطلاق لأن الوصية مجاز عن التمليك فلو انعقد بها لكان مجازاً عن النكاح والمجاز لا مجاز له كما في العناية من البيع. وفي المبسوط: في كل موضع لم ينعقد بهذه الألفاظ فإنه يثبت الشبهة فيسقط الحد لو وطئ ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل عند الدخول اهـ.

ثم اعلم إنما وقع الاختلاف في العارية والإجارة وإن كانا لا يفيدان ملك العين قطعاً لأن ذلك الأصل يختلف فيه فقد روى الحسن عن الإمام أن كل شيء يملك به شيء ينعقد به النكاح وهذه تدل على الانعقاد بهما، وروى ابن رستم عن الإمام كل لفظ يملك به الرقاب ينعقد به النكاح. وهذه تدل على عدمه فيهما كما في الذخيرة، وإنما اعتمد المشايخ رواية ابن رستم لأنها محكمة، ورواية الحسن محتملة، فحمل المحتمل على الحكم. ولم يقيد المصنف اللفظ المفيد لملك العين بالنية ولا بالقرينة وفيه اختلاف ففي التبيين لا تشترط النية مع ذكر المهر، وفي المبسوط لا تشترط مطلقاً، وفي فتح القدير المختار أنه لا بد من فهم الشاهدين مقصودهما، وفي البدائع ولو أضاف الهبة إلى الأمة بأن قال لرجل وهبت أمتي هذه منك فإن

قوله: (وكذا في انعقاده بلفظ الرهن قولان) هذا منافٍ لما قدمناه عن الفتح حيث جعله مما لا خلاف في عدم الانعقاد به قوله: (والخلع) قال في النهر أقول: وينبغي أن يقيد بما إذا لم تجعل بدل الخلع، فإن جعلت كما إذا قال أجنبي اخلع زوجتك ببنتي هذه فقبل صح أخذاً من قولهم لا ينعقد بلفظ الإجارة في الأصح إن جعلت المرأة مستأجرة، أما إذا جعلت بدل إجارة كما إذا قال استأجرت دارك هذه ببنتي هذه ينبغي أن لا يختلف في جوازه لأنه إضافة إليها بلفظ تملك به الرقاب قوله: (انعقد النكاح لأنه صار مجازاً عن التمليك) قال في النهر: وارتضاه غير واحد. قال في الفتح:

كان الحال يدل على النكاح من إحضار الشهود وتسمية المهر مؤجلاً ومعجلاً ونحو ذلك ينصرف إلى النكاح، وإن لم يكن الحال دليلاً على النكاح، فإن نوى النكاح وصدقه الموهوب له فكذلك وينصرف إلى النكاح بقريئة النية، وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة اهـ. فلم يشترط مع النية فهم الشهود ولا بد منه كما قدمناه بخلاف ما إذا أضيفت الهبة إلى الحرية فإنه ينعقد من غير هذه القريئة لأن عدم قبول المحل للمعنى الحقيقي وهو الملك للحرية يوجب الحمل على المجازي فهو القريئة فيكتفي بها الشهود حتى لو قامت قريئة على عدمه لا ينعقد به كما في الخانية وغيرها: لو طلب من امرأة الزنا فقالت وهبت نفسي منك فقال الرجل قبلت لا يكون نكاحاً وهو بمنزلة قول أبي البنت وهبتها منك لتخدمك فقال قبلت لا يكون نكاحاً اهـ. قال في الفتاوى: إلا إذا أراد به النكاح. فالحاصل أن النكاح ينعقد بالهبة إذا كان على وجه النكاح. وفي الظهيرية: لو قالت المرأة وهبت نفسي لك فقال الرجل أخذت قالوا لا يكون نكاحاً صحيحاً، وإنما استعيرت الهبة للنكاح وإن كانت لا تفيد الملك إلا بالقبض لأنها سبب موضوع للملك وإنما تأخر القبض للضعف السبب لتعريه عن العوض، وينعدم ذلك الضعف إذا استعملت في النكاح لأن العوض يجب بنفسه. كذا في النهاية. ويرد على المصنف ألفاظ ينعقد بها النكاح غير الثلاثة منها: الكون لما في الذخيرة وغيرها: لو قال لامرأة كوني امرأتى بكذا فقبلت انعقد بخلاف ما لو قالت المرأة أكون زوجة لك فقال نعم لا يصح كما في الظهيرية. ومنها ما في الخانية لو قالت المرأة عرستك نفسي فقال قبلت انعقد، وذكره في الظهيرية بلفظ أعرستك. ومنها لفظ الرجعة فقد صرح في الواقعات والخانية وكثير أنه ينعقد النكاح إذا قال للأجنبية راجعتك فقبلت كما لو قال للمبانة راجعتك، لكن شرط في الخانية أن يذكر المال وإن لم يذكر مالا قالوا: لا يكون نكاحاً. وشرط في التجنيس ذكر المال ونية الزوج، وفرق بعضهم بين الأجنبية والمبانة فينعقد به في المبانة دون الأجنبية، واستحسنه في فتح القدير.

وفي الخانية: وكذا لو قالت المبانة لزوجها رددت نفسي عليك فهو بمنزلة الرجعة ينعقد به النكاح كما في الذخيرة. ومنها أرفعها واذهب بها حيث شئت لما في الخانية: لو قال زوج

وينبغي أن لا يختلف في صحته حيثئذ وخالفهم في البحر فقال: المعتمد الإطلاق الخ. وأقول: معنى كونها مجازاً عن التملك إذا قال الآن أي الخاص الذي هو النكاح لا المطلق فلا يرد أن المجاز لا مجاز له اهـ. أي المراد بكونها مجازاً عن التملك هو التملك الخاص الذي هو النكاح لا مطلق التملك حتى يرد ما ذكر على أنه لا مانع من أن يكون مجازاً بمرتبين كما في «رأيت مشفر زيد» وفي حاشية الرمي قال المقدسي في شرح الكنز المنظوم: وأما مجاز المجاز فيثبت عند من له اطلاع على كتب اللغة كالأساس وغيره، وتامه فيه، وكتب على هامش نسخته البحر: هذا مردود لأن الوصية تملك كما

ابنتك مني على كذا فقال أبوها بمحضر من الشهود ارفعها واذهب بها حيث شئت قال ابن الفضل: يكون نكاحاً. وجزم في الولوالجية بعدمه لاحتماله الوعد. ومنها ما في الخانية: لو قال أبو الصغير اشهدوا أنني قد زوجت ابنة أحمد يريد به أبا الصغيرة من ابني فلان بمهر كذا وقال لأبيها أليس هكذا؟ فقال أبوها هكذا ولم يزيدا على ذلك قالوا: الأولى أن يجدد النكاح وإن لم يجدد أجاز اه. ومنها ما في الخانية أيضاً: لو قال رجل جئتكم خاطباً ابنتك فقال الأب ملكتك كان نكاحاً. وفي الولوالجية: لو قال لها خطبتك إلى نفسي على ألف درهم فقالت قد زوجتك نفسي فهو نكاح جائز لأنه يراد به الإيجاب، وأما ما روي عن محمد لو قال أخطبك على ألف فقالت قد فعلت لم ينعقد حتى يقول الزوج قبلت فقد قال في المحيط والظهيرية: إنه محمول على ما إذا لم يرد به الحال. وفي الظهيرية: رجل أرسل رجلاً أن يخاطب امرأة بعينها فزوجها الرسول إياه جاز لأن الخطبة جعلت نكاحاً إذا صدرت من الأمر فيكون الأمر بها أمراً بالنكاح. ويشكل عليه ما في الفتاوى الصيرفية معزياً إلى السرخسي أن من قال إن خطبت فلانة أو قال كل امرأة خطبتها فهي طالق أن يمينه لا ينعقد لأن الخطبة عند العقد وهي تسبق العقد فلا يكون هذا اللفظ مضيئاً للطلاق إلى الملك. ووقع في بعض النسخ إن خطبت فلانة وتزوجتها فهي طالق ثلاثاً فأجاب على نحو ما ذكرنا فقال: إذا خطبها ثم تزوجها لا تطلق وهذا غلط، لأن مع حرف الواو تصير الخطبة مع الزوج شرطاً واحداً كما في قوله إن أكلت وشربت وأشبه ذلك فلا تنحل اليمين بالخطبة وحدها، فإذا تزوجها بعد ذلك تنحل اليمين وهي في نكاحه فتطلق اه. وذكر الولوالجي: إن تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطبها

أن البيع والهبة كذلك وقد صح النكاح بلفظهما اتفاقاً فما الموجب لأن تجعل الهبة مجازاً عن التملك ثم التملك عن النكاح، بل نقول التملك الذي هو وصية يجعل ابتداء عبارة عن النكاح، وكونها تمليكاً غني عن البيان، غايته أنه تمليك مخصوص بالأداء إلى ما بعد الموت فتجرد عن قيد الإضافة بالقييد بالخال، فالظاهر ما ذكره في الظهيرية. وقوله «المجاز لا مجاز له» مردود يعرف ذلك من طالع أساس البلاغة اه. وفي شرح تنوير الأبصار صرح الجلال السيوطي في الإتيان بأن المجاز يكون له مجاز ومثل له بمثل ثمة فارجع إليه اه. قلت: لكن قوله المصنف «وما وضع لتمليك العين في الحال» يخرج الوصية فإنها موضوعة لتمليك العين بعد الموت لا لملك التملك فالفرق بينها وبين الهبة ظاهر، فإذا أريد من الوصية التملك في الحال كان مجازاً، ثم إذا استعملت للنكاح كان مجازاً مبنياً على مجاز فلم يشمله قوله «وضع لتمليك العين في الحال» لأن إرادة التملك في الحال بطريق المجاز لا بطريق الوضع إلا أن يقال: إنه مبني على أن المجاز موضوع أيضاً ويراد بالوضع ما يشمل الوضع الحقيقي والمجازي كما أجاب به بعضهم، أو يقال: المراد بالوضع الاستعمال وهو شامل للمجاز أيضاً قوله: (ويشكل عليه ما في الفتاوى الصيرفية) قال في الرمز أقول: يدفع بأنها إنما تحمل على النكاح للقرينة الواضحة على ذلك بأن يكون في مجلس سبقه إشارة إلى الخطبة.

العين في الحال عند حرين أو حر وحرتين عاقلين بالغين مسلمين ولو فاسقين أو محدودين أو أعميين أو ابني العاقدين وصح تزوج مسلم ذمية عند ذميين ومن أمر رجلاً

وتزوجها لم تطلق لأنه حين خطبها حث لوجود الشرط فحين تزوجها تزوجها واليمين غير باقية اهـ. ومنها ما في الخلاصة: لو قال صرت لي أو صرت لك فإنه نكاح عند القبول وقد قيل بخلافه اهـ. ومنها ما في التتارخانية: لو قال لها يا عروسي فقالت لبيك انعقد لكن في الصيرفية أنه خلاف ظاهر الرواية. ومنها بالسمع والطاعة لو قال زوجي نفسك مني فقال بالسمع والطاعة فهو نكاح كما في الخلاصة. ومنها ما في الذخيرة: لو قال ثبت حقي في منافع بضعت بألف فقالت نعم صح النكاح اهـ. والجواب أن العبرة في العقود للمعاني حتى في النكاح كما صرحوا به وهذه الألفاظ تؤدي معنى النكاح وهذا مما ظهر لي من فضله تعالى.

قوله: (عند حرين أو حر وحرتين عاقلين بالغين مسلمين ولو فاسقين أو محدودين أو أعميين أو ابني العاقدين) متعلق بـ«ينعقد» بيان للشرط الخاص به وهو الإشهاد فلم يصح بغير شهود لحديث الترمذي «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن من غير بينة»^(١) ولما رواه محمد بن الحسن مرفوعاً «لا نكاح إلا بشهود» فكان شرطاً ولذا قال في مآل الفتاوى: لو تزوج بغير شهود ثم أخبر الشهود على وجه الخبر لا يجوز إلا أن يجدد عقداً بحضرتهم اهـ. وفي الخاتمة والخلاصة: لو تزوج بشهادة الله ورسوله لا ينعقد ويكفر لاعتقاده أن النبي يعلم الغيب. وصرح في المبسوط بأن النبي ﷺ كان مخصوصاً بالنكاح بغير شهود ولا يشترط الإعلان مع

قوله: (والجواب أن العبرة في العقود للمعاني الخ) يعني أن المصنف أراد لفظ النكاح والتزويج وما يؤدي معناهما. قال في النهر: وفيه ما لا يخفى قول المصنف: (أو محدودين) أي في قذف. وقيد في النهر بقوله «وقد تابا» قال: وهذا القيد لا بد منه وإلا لزم التكرار وفيه نظر، أما أولاً فلأن قوله «لا بد من هذا القيد» ممنوع لأن المقصود من إطلاق المصنف الإشارة إلى خلاف الشافعي في الفاسق المظهر والمحدود قبل التوبة، وأما المستور والمحدود بعد التوبة فلا خلاف له فيهما كما في شرح المجمع والحقائق، فظهر أن قوله «لا بد من القيد» فرية بلا مرية بل لا بد من اعتبار عدمه ومن ثم قال في البرهان: أو محدودين في قذف غير تائبين. وأما ثانياً فلأن قوله «ولا لزم التكرار» ممنوع أيضاً لأن المحدود في القذف أخص مطلقاً من الفاسقين ولم يقل أحد إن ذكر الخاص بعد العام تكرر كيف وهو واقع في كلام الله تعالى الذي هو في غاية الإعجاز على أنه قد صرح في الحواشي السعدية من كتاب الإكراه بأنه إذا قوبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا الخاص. هذا ولا يخفى أن في عبارة المصنف عطف الخاص على العام بـ«أو» وهو مما تفردت به الواو و«حتى» كما في المغني حموي قال

الشهود لما في التبيين أن النكاح بحضور الشاهدين يخرج عن أن يكون سراً ويحصل بحضورهما الإعلان اهـ. ويستثنى منه مسألة اليمين لما في عدة الفتاوى: إذا حلف ليتزوج سراً فتزوج بثلاثة شهود يحنث وبالشاهدين لا يحنث اهـ. وأفاد المصنف أن الشهادة تشترط في الموقوف عند العقد لا عند الإجازة كما في المحيط، وأن الحضور كافٍ لتعبيره بكلمة «عند» فلا يشترط السماع وفيه خلاف؛ ففي الخانية وعامة المشايخ شرطوا السماع، والقائل بعدمه القاضي الإمام علي السغددي اهـ. وثمرة الاختلاف تظهر في النائم والأصم فعلى قول العامة لا ينعقد النكاح بحضورهما، وعلى قول السغددي ينعقد، وصحح قاضيخان في شرحه أنه لا ينعقد بحضرة الأصم وجزم بأنه لا ينعقد بحضرة النائم، وجزم في فتاواه بأنه لا ينعقد بحضرة النائم إذ لم يسمعا كلامهما، ثبت بهذا أن الأصم ما عليه العامة كما صرح به في التجنيس إذ المقصود من الحضور السماع، فقول الزيلعي «ينعقد بحضرة النائم على الأصح ولا ينعقد بحضرة الأصم على المختار» ضعيف بل لا فرق بينهما في عدم الانعقاد على الأصح لعدم السماع، ولقد أنصف المحقق الكمال حيث قال: ولقد أبعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من جوزه بحضرة النائم اهـ. واختلف في اشتراط سماع الشاهدين معاً فنقل في الذخيرة روايتين عن أبي يوسف وجزم في الخانية بأنه شرط فكان هو المذهب، فلو سمعا كلامهما متفرقين لم يجوز ولو اتحد المجلس، فلو كان أحدهما أصم فسمع صاحب السمع ولم يسمع الأصم حتى صاح صاحبه في أذنه أو غيره لا يجوز النكاح حتى يكون السماع معاً. كذا في الذخيرة. واختلف أيضاً في فهم الشاهدين كلامهما فجزم في التبيين بأنه لو عقد بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم يجوز وصححه في الجوهرة. وقال في الظهيرية: والظاهر أنه يشترط فهم أنه نكاح. واختاره في الخانية فكان هو المذهب.

فالخاص أنه يشترط سماعهما معاً مع الفهم على الأصح لكن في الخلاصة: إذا تزوج امرأة بالعربية والزوج والمرأة يحسنان العربية والشهود لا يعرفون العربية اختلف المشايخ فيه،

شيخنا: ويجب بما ذكره هو في العنين عند قول المصنف «لو عنيماً أو خصياً» من أن الفقهاء يتسامحون في ذلك أي في العطف بـ «أو» مطلقاً. كذا في حواشي مسكين. قلت: وقد قدمنا في فصل الصلاة على الجنائز أن بعضهم ذكر أنه يكون بـ «ثم» ويكون بـ «أو» أيضاً كما في قوله عليه السلام «فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها»^(٢).

قوله: (لكن الخلاصة إذا تزوج امرأة النخ) جعله في النهر مفرعاً على اشتراط الحضور فقط، أما

(٢) رواه البخاري في كتاب الإيمان باب ٤١. كتاب النكاح باب ٥. مسلم في كتاب الإمارة حديث ١٥٥. أبو داود في كتاب الطلاق باب ١١. الترمذي في كتاب فضائل الجهاد باب ١٦. أحمد في مسنده (٢٥/١، ٤٣).

والأصح أنه ينعقد اهـ. فقد اختلف التصحيح في اشتراط الفهم، وفي الخلاصة وغيرها ينعقد بحضرة السكارى إذا فهمو النكاح وإن لم يذكروا بعد الصحو، وينبغي أن لا يشترط فهمهم على القول بعدم اشتراطه إلا أن يقال: إنه عند عدم الفهم ملحق بالمجنون في حق هذا الحكم لعدم التمييز. ولا بد من تمييز المنكوحة عند الشاهدين لتنتفي الجهالة، فإن كانت حاضرة متقبلة كفى الإشارة إليها والاحتياط كشف وجهها، فإن لم يروا شخصها وسمعوها كلامها من البيت إن كانت المرأة في البيت وحدها جاز النكاح لزوال الجهالة، وإن كان معها امرأة أخرى لا يجوز لعدم زوالها. وكذا إذا وكلت بالتزويج فهو على هذا التفصيل، وإن كانت غائبة ولم يسمعوها كلامها بأن عقد لها وكيلها فإن كان الشهود يعرفونها كفى ذكر اسمها إذا علموا أنه أرادها، وإن لم يعرفوها لا بد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها. وجوز الخصاص النكاح مطلقاً حتى لو وكلته فقال بحضرتها زوجت نفسي من موكلتي أو من امرأة جعلت أمرها بيدي فإنه يصح عنده. قال قاضيهان: والخصاص كان كبيراً في العلم يجوز الاقتداء به وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى كما قال الخصاص اهـ. وفي الخلاصة: إذا زوجها أخوها فقال زوجت أختي ولم يسمها جاز إن كانت له أخت واحدة، فإن كان له أختان فسمهاها جاز. وأفاد المصنف أن انعقاد النكاح بكتاب أحدهما يشترط فيه سماع الشاهدين قراءة الكتاب مع قبول الآخر كما قدمناه لكن في الظهيرية: وفي النكاح سواء كتب زوجي نفسك مني فبلغها الكتاب فقالت زوجت أو كتب تزوجتك وبلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي جاز، لكن في الوجه الأول لا يشترط إعلامها الشهود، وفي الوجه الثاني يشترط اهـ. فقولهم «يشترط حضورهما وقت قراءة الكتاب» ليس على إطلاقه وهو مبني على أن صيغة الأمر توكيل،

على اشتراط السماع مع الفهم فينبغي أن لا ينعقد قوله: (قال قاضيهان والخصاص كان كبيراً في العلم) هذا ليس في كلام قاضيهان وإنما نقله عن شمس الأئمة ونص كلامه في الفتاوى. وقال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا قول الخصاص، أما على قول مشايخنا ومشايخ بلخ رحمه الله تعالى لا يجوز ما لم يذكر اسمها ونسبها. ثم قال شمس الأئمة رحمه الله: وإن خصافاً رحمه الله كان كبيراً في العلم في العلم يجوز الاقتداء به الخ. وفي التارخانية عن المضمرات: إن الأول هو الصحيح وعليه الفتوى أي لا يجوز ما لم يذكر اسمها واسم أبيها واسم جدها، ثم ذكر ما في المنتقى. وقال: فيتأمل عند الفتوى ثم قال: وفي البقالي إذا لم ينسبها الزوج ولم يعرفها الشهود وسعه فيما بينه وبين الله تعالى اهـ. وذكر في الخانية بعد أسطر قال الشيخ الإمام محمد بن الفضل رحمه الله: إذا ذكروا في النكاح اسم رجل غائب وكنية أبيه ولم يذكروا اسم أبيه، إن كان الزوج حاضراً مشاراً إليه جاز، وإن كان غائباً لا يجوز ما لم يذكر اسمه واسم أبيه واسم جده قال: والاحتياط أن ينسب إلى المحلة أيضاً. قيل له: فإن كان الغائب معروفاً عند الشهود؟ قال: إن كان معروفاً لا بد من إضافة العقد إليه وقد ذكرنا عن غيره: الغائبة إذا ذكر الزوج اسمها لا غير وهي معروفة عند الشهود وعلم

فقولها زوجت نفسي منه قائم مقام الإيجاب والقبول. فاكفني بسماعه ولا يشترط الإشهاد على التوكيل، وأما على قول من جعل الأمر إيجاباً فلا بد من سماع قراءة الكتاب كما لا يخفى. وشرط في الشهود أربعة: الحرية والعقل والبلوغ والإسلام. فلا ينعقد بحضرة العبيد والمجانين والصبيان والكفار في نكاح المسلمين لأنه لا ولاية لهؤلاء، ولا فرق في العبد بين القن والمدبر والمكاتب، فلو أعتق العبيد أو بلغ الصبيان بعد التحمل ثم شهدوا إن كان معهم غيرهم وقت العقد ممن ينعقد بحضورهم جازت شهادتهم لأنهم أهل للتحمل وقد انعقد العقد بغيرهم وإلا فلا كما في الخلاصة وغيرها. ولم يشترط المصنف نطق الشاهدين لأنه ينعقد بحضرة الأخرس إذا كان يسمع كما في الخلاصة. والأصل في هذا الباب أن كل من صلح أن يكون ولياً في النكاح بولاية نفسه صلح أن يكون شاهداً فيه فخرج المكاتب فإنه وإن ملك تزويج أمته لكنه بولاية مستفادة من جهة المولى لا بولاية نفسه.

ثم النكاح له حكمان: حكم الإظهار وحكم الانعقاد. فحكم الانعقاد على ما ذكرنا، وأما حكم الإظهار فإنما يكون عند التجاحد فلا يقبل في الإظهار إلا شهادة من تقبل شهادته في سائر الأحكام. كذا في شرح الطحاوي. فلذا انعقد بحضور الفاسقين والأعميين والمحدودين في قذف وإن لم يتوبا وابني العاقلين وإن لم يقبل أداؤهم عند القاضي كانعقاده بحضرة العدوين. وفي البدائع: إن الإشهاد في النكاح لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عند الجحود والإنكار، والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول على أن معنى الصيانة تحصل بسبب حضورهما وإن كان لا تقبل شهادتهما لأن النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما، فإذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة اهـ. وظاهره أن من لا تقبل شهادته إذا انعقد بحضوره ثم أخبر به من تقبل شهادته جاز له الشهادة به بالتسامع فليحفظ هذا. وفي فتاوى النسفي: للقاضي أن يبعث إلى شفيعي ليبطل العقد إذا كان بشهادة الفاسق، وللحنفي أن يفعل ذلك، وكذا لو كان بغير ولي فطلقها ثلاثاً فبعث إلى شافعي يزوجه منه بغير محلل ثم يقضي

الشهود أنه أراد تلك المرأة يجوز النكاح اهـ. قوله: (وهو مبني على أن صيغة الأمر توكيل الخ) حاصله أنا إن بنينا على أن الأمر توكيل، كما هو مقتضى كلام الظهيرية يكون قولهم باشتراط حضورهما ليس على إطلاقه، وإن قلنا إنه إيجاب فهو على إطلاقه، والظاهر أن قوله (وهو مبني) يعود إلى ما في الظهيرية وفي درر البحار ذكر الاتفاق على عدم الاشتراط.

قوله: (فلذا انعقد بحضور الفاسقين أو الأعميين) مخالف لما في الخانية من باب من لا تجوز شهادته حيث قال: ولا تقبل شهادة الأعمى عندنا لأنه لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والإشارة إليهما فلا يكون كلامه شهادة ولا ينعقد النكاح بحضرة اهـ. لكن قال شيخنا: والترجيح بتقديم المتون. كذا في حاشية مسكين قوله: (وظاهره أن من لا تقبل شهادته الخ) قال في النهر: فيه نظر اهـ. قال الشيخ إسماعيل: ولعل وجهه أن ما في البدائع ليس معولاً فله على مجرد إخبار من لا

بالصحة، وبطلان النكاح الأول يجوز إذا لم يأخذ القاضي الكاتب والمكتوب إليه شيئاً، ولا يظهر بهذا حرمة الوطء السابق ولا شبهة ولا خبث في الولد، كذا في الخلاصة. ثم قال الإمام ظهير الدين المرغيناني: لا يجوز الرجوع إلى شافعي المذهب إلا في اليمين المضافة أما لو فعلوا فقصى ينفذ اهـ. وصورة التزويج بحضرة ابنيهما أن تقع الفرقة بين الزوجين ثم يعقدا بحضور ابنيهما، ولو تجاحدا لا تقبل شهادة ابنيهما مطلقاً لأنه لا يخلو عن شهادتهما لأصلهما، فلو كانا ابنيه وحده تقبل شهادتهما عليه لا له، ولو كانا ابنيهما وحدها قبلت عليها لا لها، ولو كان أحدهما ابنها والآخر ابنه لم تقبل أصلاً. ومن زوج بنته بشهادة ابنيه ثم تجاحد الزوجان، فإن كان الأب مع الجاحد منهما أيهما كان تقبل شهادتهما لأنها شهادة عليه، وإن كان الأب مع المدعي منهما أيهما كان لم تقبل شهادتهما عند أبي يوسف. وقال محمد: تقبل. فأبو يوسف نظر إلى الدعوى والإنكار، ومحمد نظر إلى المنفعة وعدمها. وهنا لا منفعة للأب.

قال في البدائع: والصحيح نظر محمد لأن المانع من القبول التهمة وأنها تنشأ عن النفع، وكذلك على هذا الاختلاف فيما إذا قال رجل لعبده إذا كلمك زيد فأنت حر، ثم قال العبد كلمني زيد وأنكر المولى فشهد للعبد ابنا زيد أن أباهما قد كلمه والمولى ينكر، تقبل عند محمد، ادعى زيد الكلام أو لا، لعدم منفعته، وعند أبي يوسف: إن كان زيد يدعي الكلام لا تقبل، وإن كان لا يدعي تقبل. وكذا على هذا الاختلاف فيمن توكل عن غيره في عقد ثم شهد ابنا الوكيل على العقد فإن كان حقوق العقد لا ترجع إلى العاقد تقبل عند محمد مطلقاً لعدم المنفعة، وعند أبي يوسف إن كان يدعي لا تقبل وإن كان ينكر تقبل اهـ. ولو زوج بنته وأنكرت الرضا فشهد أخوها وهما ابناه لم تقبل في قولهم لأن الرضا شرط الجواز فكان فيه تنفيذ قول الأب مقصوداً فتكون شهادة له. كذا في المحيط. وجعل في الظهيرية قول الإمام في المسألة الأولى كأبي يوسف. ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل اتفاقاً إلا إذا كان الأب جاحداً والآخر مدعياً فمقبولة كما في فتح القدير. وفي الظهيرية: ولو زوج الموليان أمتهم ثم شهدا بطلاقها فإن ادعت الأمة لا تقبل إجماعاً، وإن أنكرت فعند أبي يوسف تقبل، وعند محمد لا تقبل اهـ. وفي الولوالجية: شهد عليه بنوه أنه طلق أمهم ثلاثاً وهو يجحد، فإن كانت الأم تدعي فهي باطلة، وإن كانت تجحد فهي جائزة، ذكره في الفصل الرابع من القضاء. وذكر في الطلاق أن الشهادة لضرة أمه كالشهادة لأمه وقيدنا الإشهاد بأنه خاص بالنكاح لما ذكره الأسيبجي بقوله: وأما سائر العقود فتتخذ بغير شهود ولكن الإشهاد عليه مستحب للآية اهـ. وذكر في الوقاعات أن الإشهاد واجب في المداينات، وأما لكتابة فقال في المحيط من

تقبل شهادته بل عليه مع انضمام ظهور النكاح واشتهاره فليأمل قوله: (وإن الشهادة لضرة أمه الخ) قال الرملي: فإذا كانت تدعي والأب يجحد لا تقبل لأنها راجعة إلى منفعة الأم فردت للتهمة تأمل.

أن يزوج صغيرته فزوجها عند رجل والأب حاضر صح وإلا فلا.

باب العتق: ويستحب للعبد أن يكتب للعتق كتاباً ويشهد عليه شهوداً توثيقاً وصيانة عن التجاحد كما في المدائنة بخلاف سائر التجارات لأنه مما يكثّر وقوعها فالكتابة فيها تؤدي إلى الحرج ولا كذلك العتق اهـ. وينبغي أن يكون النكاح كالعتق لأنه لا حرج فيها.

قوله: (وصح تزوج مسلم ذمية عند ذميين) بيان لكون اشتراط إسلام الشاهد إنما هو إذا كانا مسلمين، أما إذا كانت ذمية فلا عندهما. وقال محمد: لا يجوز لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم. ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر إذ لا شهادة تشتط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامه لأن العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد، أطلق في الذميين فشمّل ما إذا كانا موافقين لها في الملة أو مخالفين. كذا في البدائع. وقيد بصحة العقد لأن أداءهما عند القاضي عند إنكار المسلم غير صحيح إجماعاً وعند إنكارها مقبول عندهما مطلقاً، وعند محمد إن قالوا كان معنا مسلمان وقت العقد قبل وإلا فلا. وكذا إذا أسلما وأديا فعلى هذا الخلاف. كذا في شرح الطحاوي. وعن محمد لا تقبل شهادتهما مطلقاً. قال في البدائع: وهو الصحيح من مذهبه لأنها قامت على إثبات فعل المسلم على نكاح فاسد.

فروع: شهد نصرانيان بإسلام نصراني فجحد لا تقبل، وعلى نصرانية تقبل. شهد نصرانيان على كافر بأجرة لمسلم تقبل لا في عكسه. شهد نصرانيان باستحقاق ما اشترى نصراني من مسلم لنصراني لا تقبل خلافاً لأبي يوسف.

قوله: (ومن أمر رجلاً أن يزوج صغيرته فزوجها عند رجل والأب حاضر صح وإلا

قوله: (وينبغي أن يكون النكاح كالعتق) قال الرملي: أي فيستحب أن يكتب له كتاباً ويشهد عليه شهوداً صيانة عن التجاحد قوله: (فروع الخ) ساقطة من أكثر النسخ قوله: (فجحد لا تقبل) أي لأن جحوده الإسلام ردة فقبول شهادة النصرانيين عليه يؤدي إلى قتله إن امتنع عن الرجوع إلى الإسلام بخلاف شهادتهما على النصرانية بالإسلام لأن المرأة لا تقتل بالردة تأمل قوله: (لأن الأب يجعل مباشراً للعقد الخ) قال الرملي: سئلت عن رجل وكل أباه أن يزوجه بنت آخر فزوجه عند رجل والزوج حاضر، هل يصح أم لا؟ فأجبت بقوله يصح أما على قول من يقول بنقل عبارة الوكيل إلى الموكل فيكون الوكيل شاهداً فظاهر، وأما على ما في النهاية فلما لم يكن جعل الزوج شاهداً لنكاحه تعين نقل عبارة وكيله إليه فيكون الوكيل سفيراً ومعبراً تأمل. وأقول: الذي يظهر من كلامهم أنه متى أمكن تصحيح العقد بنقل عبارة الوكيل أو بغير نقل يقع صحيحاً، وقولهم في مسألة من أمر رجلاً أن يزوج صغيرته الخ لأن الأب يجعل مباشراً الخ. لا يلزم منه أن يكون في كل صورة كذلك بل إن صح العقد به جعل، وإن صح بغيره لعدم الحاجة إلى النقل جعل، والمدار على تصحيح العقد

فلا) لأن الأب يجعل مباشراً للعقد باتحاد المجلس ليكون الوكيل سفيراً ومعبراً فبقي الزوج شاهداً، وإن كان الأب غائباً لم يجوز لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مباشراً وهذا هو المعتمد خلافاً لما في النهاية من إمكان جعل الأب شاهداً من غير نقل عبارة الوكيل إليه، ولم أر من نبه على ثمره هذا الاختلاف، وقد ظهر لي أن ثمرته في موضعين: الأول أن وكيل الأب لو كان امرأة فعلى المعتمد لا ينعقد بحضور رجل بل لا بد من امرأة أخرى، وعلى ما في النهاية ينعقد. ولو كان الأمر بتزويج الصغيرة أمها انعكس الحكم الثاني لو شهد الأب بالنكاح بعد بلوغها وهي تنكر، فعلى طريقة ما في النهاية ينبغي أن تقبل لأنه شاهد لا مزوج، وعلى المعتمد لا تقبل لأنه مزوج. ولو كان الأمر الأخ أو العم فشهد لها أو عليها فعلى ما في النهاية تقبل، وعلى المعتمد لا تقبل فليتأمل. وعبارة النقاية هنا أخضر وأفود حيث قال: والوكيل شاهد إن حضر موكله كالولي إن حضرت موليته بالغة اهـ. ولأنه لا فرق بين أن يكون المأمور رجلاً أو امرأة، فإن كان رجلاً اشترط أن يكون معه رجل آخر أو امرأتان، وإن كان امرأة اشترط أن يكون معها رجلان أو رجل وامرأة. وبه علم أن قوله «عند رجل» ليس بقيد لأن المراتين كذلك. وقيد بكون المولية بالغة لأنها لو كانت صغيرة لا يكون الولي شاهداً لأن العقد لا يمكن نقله إليها. وعلى هذا فلا حاجة إلى قوله «كالولي» لأنه في هذه الحالة وكيل فدخل تحت الأول. وقيد بحضرة موكله لأنه لو وكل المولى رجلاً في تزويج عبده فزوجه الوكيل بشهادة واحد والعبد حاضر لم يجوز لأن العقد لم ينتقل إليه لعدم التوكيل من جهته، وإن أذن لعبده أن يتزوج فتزوج بشهادة المولى ورجل آخر فالصواب أنه يجوز ويكون المولى شاهداً لأن العبد يتصرف بأهلية نفسه والإذن فك الحجر وليس بتوكيل.

بأي وجه أمكن. وعليه لا وجه لقوله «ولم أر من نبه الخ» عليك أن تتأمل ذلك اهـ. قوله: (خلافاً لما في النهاية) قال في الحواشي السعدية: يؤيد كلام صاحب النهاية ما سيجيء في الهداية في باب المهر من أن الولي في تزويج الصغيرة سفير ومعبر لا عاقد مباشر فراجع قوله: (ولو كان الأمر بتزويج الصغيرة أمها انعكس الحكم) قال الرمي: وفي نسخة «ولو كان الأمر بتزويج الصغيرة امرأة والمأمور رجلاً انعكس الحكم» قوله: (وعلى المعتمد لا تقبل لأنه مزوج) قال الرمي: قد يقال جعله مزوجاً لضرورة تصحيح النكاح وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها. وأيضاً على ما في النهاية جعله شاهداً للضرورة، والذي ينبغي قبول شهادته لأنه لم يتول التزويج بنفسه فبقي مجرد الحضور حقيقة فتقبل عليها لا لها. وإن قيل بعدم القبول لكون الوكيل في النكاح سفيراً ومعبراً فيثبت نقله إلى الموكل فله وجه فتأمل. وراجع النقل فلعلك تظفر بالمسألة قوله: (وعلى المعتمد لا تقبل) قال في النهر: يعني إذا قال أنا زوجها أما إذا قال هذه زوجته قبلت.

قوله: (ليس فكا للحجر عنهما) أي عن العبد والأمة الواقعين في عبارة الفتح وحيث اقتصر

فصل في المحرمات

حرم تزوج أمه وبنته وإن بعدتا وأخته وبنتها وبنات أخيه وعمته وخالته وأم

وصححه في فتح القدير . ولو زوج المولى عبده البالغ امرأة بحضرة رجل واحد والعبد حاضر صح لأن المولى يخرج من أن يكون مباشراً فينتقل إلى العبد والمولى يصلح أن يكون شاهداً، وإن كان العبد غائباً لم يجوز . وقال المرغيناني : لا يجوز فكان في المسألة روايتان .، ورجح في فتح القدير عدم الجواز لأن مباشرة السيد ليس فكاً للحجر عنهما في التزوج مطلقاً، والأصح في مسألة وكيله . ثم إذا وقع التجاحد بين الزوجين في هذه المسائل فللمباشر أن يشهد وتقبل شهادته إذا لم يذكر أنه عقده بل قال هذه امرأته بعقد صحيح ونحوه، وإن بين لا تقبل شهادته على فعل نفسه . واختلفوا فيما إذا قال هذه امرأته ولم يشهد بالعقد، والصواب أنها تقبل ولا حاجة إلى إثبات العقد، فقد حكى عن أبي القاسم الصفار أن من تولى نكاح امرأة من رجل وقد مات الزوج والورثة ينكرون هل يجوز للذي تولى العقد أن يشهد؟ قال : نعم . وينبغي أن يذكر العقد لا غير فيقول هذه منكوحته وكذلك قالوا في الأخوين إذا زوجا أختهم ثم أرادا أن يشهدا على النكاح ينبغي أن يقولوا هذه منكوحته . كذا في الذخيرة . وفي الفتاوى : بعث أقواماً للخطبة فزوجها الأب بحضرتهم فالصحيح الصحة وعليه الفتوى لأنه لا ضرورة في جعل الكل خاطبين فيجعل المتكلم فقط والباقي شهود . كذا في فتح القدير . وفي الخلاصة : المختار عدم الجواز . وفي المحيط : واختار الصدر الشهيد الجواز اهـ . والله تعالى أعلم .

فصل في المحرمات

شروع في بيان شرط النكاح أيضاً فإن منه كون المرأة محلله لتصير محلاً له . وأفرد بفصل على حدة لكثرة شعبه . واختلف الأصوليون في إضافة التحريم إلى الأعيان فقليل مجاز

المؤلف على العبد كان عليه أن يقول عنه وقوله «والأصح في مسألة وكيله» أي إلا نقل أن مباشرة السيد ليس فكاً للحجر لزم صحة العقد فيما لو وكل رجلاً بتزويج عبده مع أنه لم يجوز كما مر قوله : (وفي الخلاصة المختار عدم الجواز) وفق الحانوتي بحمل ما في الخلاصة على ما إذا قبلوا جميعاً . كذا في حاشية مسكين عن خط الشيخ عبد الباقي المقدسي اهـ . قلت : ينافي هذا الجمع ما في الخلاصة من قوله : وقبل واحد من القوم . ثم رأيت الشيخ علي المقدسي في الرمز جمع بما مر ثم استدرك عليه بما ذكرناه .

فصل في المحرمات

قوله : (ولم يصرح بالحرمة لحق الغير لظهوره) قال في النهر : والظاهر أن في قوله «أي في

والمحرم حقيقة الفعل، ورجحوا أنه حقيقة. وانتفاء محلية المرأة للنكاح شرعاً بأسباب تسعة: الأول المحرمات بالنسب وهن فروع وأصوله وفروع أبويه وإن نزلوا وفروع أجداده وجداته إذا انفصلوا ببطن واحد. الثاني المحرمات بالمصاهرة وهن فروع نسائه المدخول بهن وأصولهن وحلائل فروعهن وحلائل أصوله. والثالث المحرمات بالرضاع وأنواعهن كالنسب. والرابع حرمة الجمع بين المحارم وحرمة الجمع بين الأجنبيات كالجمع بين الخمس. والخامس حرمة التقديم وهو تقديم الحرية على الأمة جعله في النهاية والمحيط قسماً على حدة، وأدخله الزيلعي في حرمة الجمع فقال: وحرمة الجمع بين الحرية والأمة والحرمة متقدمة وهو الأنسب. والسادس المحرمة لحق الغير كمنكوحة الغير ومعتدته والحامل بثابت النسب. والسابع المحرمة لعدم دين سماوي كالمجوسية والمشرقة. والثامن المحرمة للتنافي كنكاح السيدة مملوكها. والتاسع لم يذكره الزيلعي وكثير وهو المحرمة بالطلق الثلاث. ذكره في المحيط والنهاية. وقد ذكر المصنف في هذا الفصل سبعة منها، وذكر المحرمة بالطلاق الثلاث في فصل من تحل به المطلقة ثلاثاً من الرجعة ولم يصرح بالحرمة لحق الغير لظهوره قوله: (حرم تزوج أمه وبنته وإن بعدتا) لقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] واختلف في توجيه حرمة الجدات وبنات البنات؛ فقليل بوضع اللفظ وحقيقته لأن الأم في اللغة الأصل، والبنات الفرع، فيكون الاسم حينئذ من قبيل المشكك. وقيل بمجازه لا أنه جمع بين الحقيقة والمجاز بل بعموم المجاز فيراد بالأم الأصل أيضاً وبالبنات الفرع فيدخلان في عمومهما، والمعروف لإرادة ذلك في النص الإجماع على حرمتهم. وقيل بدلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الأخ والأخت؛ ففي الأول لأن الأشقاء منهن أولاد الجدات فتحريم الجدات وهن أقرب أولى، وفي الثاني لأن بنات الأولاد أقرب من بنات الإخوة وكل من التوجيهات صحيح. ودخل في البنات بنته من الزنا فتحرم عليه بصريح النص المذكور لأنها بنته لغة، والخطاب إنما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولاً شرعاً. وكذا أخته من الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه

الرجعة وينكح مبانته في العدة وبعدها أياماً إليه إذا قيد بمبانته لأن مبانته غيره لا ينكحها فيها وعرف منه المنع في المنكوحة بالأولى ١ هـ. ولا ينافي ما ذكره المؤلف لأنه نفى التصريح قوله: (وكذا أخته من الزنا وبنت أخيه وبنت أخته) أقول: ما ذكره هنا يخالف لما ذكره في الرضاع من أن البنات من الزنا لا تحرم على عم الزاني وخاله لأنه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة، وتحريمها على آباء الزاني وأولاده عند القائلين به لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم والخال ١ هـ. ومخالف أيضاً لما ذكره في فتح القدير هناك عن التجنيس حيث قال: لا يجوز للزاني أن يتزوج بالصبيّة المرضعة ولا لأبيه وأجداده ولا لأحد من أولاده وأولادهم، ولعم الزاني أن يتزوج بها

فأولدوا بنتاً فإنها تحرم على الأخ والعم والخال والجد. وصورته في هذه المسائل أن يزني ببيكر. ويمسكها حتى تلد بنتاً كما في فتح القدير من بحث أن الزنا يوجب المصاهرة ودخل بنت الملاعنة أيضاً فلها حكم البنت هنا، فلولا عن فنفى القاضي نسبها من الرجل وألحقها بالأم لا يجوز للرجل أن يتزوجها لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه. كذا في فتح القدير. وقد قدمنا في باب المصرف عن المعراج أن ولد أم الولد الذي نفاه لا يجوز دفع الزكاة إليه، ومقتضاه ثبوت البنتية فيما يبنى على الاحتياط فلا يجوز لولده أن يتزوجها لأنها أخته احتياطاً ويتوقف على نقل. ويمكن أن يقال في بنت الملاعنة إنها تحرم باعتبار أنها ربيبة وقد دخل بأمها لا لما تكلفه في الفتح كما لا يخفى.

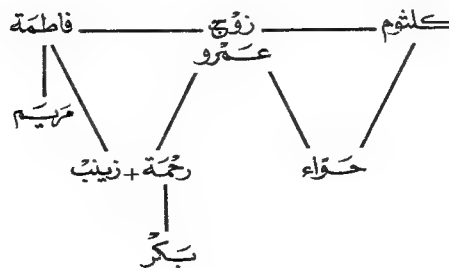
قوله: (وأخته وبنتها وبنت أخيه وعمته وخالته) للنص الصريح ودخل فيه الأخوات المتفرقات وبناتهن وبنات الإخوة المتفرقين والعمات والخالات المتفرقات لأن الاسم يشمل الكل، وكذا يدخل في العمات والخالات أولاد الأجداد والجندات وإن علوا، وكذا عمه جده وخالته وعمه جدته وخالاتها لأب وأم أو لأب أو لأم، وذلك كله بالإجماع. وفي الخانية: وعمه العمه لأب وأم كذلك، وأما عمه العمه لأب لا تحرم اهـ. وفي المحيط: وأما عمه العمه فإن كانت العمه القريبى عمه لأب وأم أو لأب فعمه العمه حرام لأن القريبى إذا كانت أخت أبيه لأب وأم أو لأب فإن عمتها تكون أخت جده أب الأب وأخت أب الأب حرام لأنها عمته، وإن كان القريبى عمه لأم فعمه العمه لا تحرم عليه لأن أبا العمه يكون زوج أم أبيه فعمتها تكون أخت زوج الجدة أم الأب وأخت زوج الأم لا تحرم فأخت زوج الجدة أولى

كما يجوز أن يتزوج بالصبيبة التي ولدت من الزاني لأنه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة، والتحريم على آباء الزاني وأولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم. وإذا ثبت هذا في حق المتولدة من الزنا فكذا في حق المرضعة من الزنا اهـ. والظاهر أن ما ذكره المؤلف عن الفتح هنا مبني على ما قرره من حرمة البنت من الزنا بصريح النص فتدخل في قوله تعالى ﴿وَبَنَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣] فتحرم على العم وعلى الخال بصريح النص وهو استنباط حسن، ولكن إن كان منقولاً فهو مقبول وإلا فيتبع المنقول في التجنيس والله تعالى أعلم قوله: (وصورته في هذه المسائل أن يزني ببيكر الخ) قال الحانوتي: ولا يتصور كونها بنته من الزنا إلا بذلك إذ لا يعلم كونه الولد به إلا منه. كذا في حاشية مسكين قوله: (ويمكن أن يقال في بنت الملاعنة الخ) قال في النهر: ثبوت اللعان لا يتوقف على الدخول بأمها وحيث فلا يلزم أن تكون ربيبة قوله: (وكذا عمه جده وخالته الخ) لا حاجة إليه بعد قوله «وإن علوا» قوله: (وأما عمه العمه لأب لا تحرم) هذا مشكل جداً ويرده ما يذكره عن المحيط ومثله في التتارخانية عن الحجة، والظاهر أن قوله «لأب» من سبق القلم، والصواب «لأم» والذي رأيته في نسختي الخانية كما ذكره المؤلف.

امراته وبنتها إن دخل بها وامرأة أبيه وابنه وإن بعدا والكل رضاعاً والجمع بين الأختين

أن لا تحرم، وأما خالة الخالة فإن كانت الخالة القربى خالة لأب وأم أو لأم فخاليتها تحرم عليه، فإن كانت القربى خالة لأب فخاليتها لا تحرم عليه لأن أم الخالة القربى تكون امرأة الجد أبي الأم لا أم أمه وأختها تكون أخت امرأة أبي الأم وأخت امرأة الجد لا تحرم عليه اهـ. وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة التزوج بنظير من ذكر. وعبرة النقاية أولى وهي: وحرم أصله أي التزوج ذكراً كان أو أنثى، وفرعه وفرع أصله القريب وصلبيه أصله البعيد قوله: (وأم امرأته) بيان لما ثبت بالمصاهرة لقوله تعالى ﴿وَأَمْهَاتِ نَسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] أطلقه فلا فرق بين كون امرأته مدخولاً بها أو لا، وهو مجمع عليه عند الأئمة الأربعة، وتوضيحه في الكشف. ويدخل في لفظ الأمهات جداتها من قبل أبيها وأمها وإن علون. وقيد بالمرأة فانصرف إلى النكاح الصحيح فإن تزوجها فاسداً فلا تحرم أمها بمجرد العقد بل بالوطء أو ما يقوم مقامه من المس بشهوة والنظر بشهوة لأن الإضافة لا تثبت إلا بالعقد الصحيح، وإن كانت أمته فلا تحرم أمها إلا بالوطء أو دواعيه لأن لفظ النساء إذا أضيف إلى الأزواج كان المراد منه الحرائر كما في الظهار والإيلاء قوله: (وبنتها أن دخل بها) لقوله تعالى ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء: ٢٣] قال في الكشف: فإن قلت ما معنى «دخلتم بهن»؟ قلت: هو كناية عن الجماع كقولهم بنى عليها وضرب عليها الحجاب. وذكر الحجر في الآية خرج مخرج العادة أو ذكر للتشنيع عليهم لا لتعلق الحكم به نحو «أضعاف مضاعفة» في قوله تعالى ﴿لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾ [آل عمران: ١٣٠] اهـ وتفسير الحجر أن تزف البنت مع الأم إلى بيت زوج الأم، وأما إذا كانت البنت مع الأب لم تكن في حجر زوج الأم. وفي المغرب: حجر الإنسان بالفتح والكسر حضنه وهو ما دون إبطه إلى الكشح. ثم قالوا: فلان في حجر فلان أي في كنفه ومنعته كما في الآية اهـ. وأما بنات الربية وبنات أبنائها وإن سفلن فتثبت حرمتهم بالإجماع وبما ذكرنا أولاً. وفي الكشف: واللمس ونحوه يقوم مقام الدخول عند أبي حنيفة. وفي

قوله: (لا أم أمه) أي بخلاف ما إذا كانت القربى لأب أو لأم فإن أمها تكون أم أمه ولا يحل تزوج أخت أم الأم وهذه صورة المسألة:



التبيين: ويدخل في قوله «وربائبكم» بنات الريبة والريب لأن الاسم يشملهن بخلاف حلائل الأبناء والآباء لأن الاسم خاص بهن فلا يتناول غيرهن اهـ. يعني فلا تحرم بنت زوجة الابن ولا بنت ابن زوجة الابن ولا بنت زوجة الأب ولا بنت ابن زوجة الأب.

قوله: (وامرأة أبيه وابنه وإن بعدا) أما حليلة الأب فيقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾ [النساء: ٢٢] فتحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدلت بها المشايخ كصاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على إرادة الوطاء بالنكاح، فإن أريد به حرمة امرأة الأب والجد ما يطابقها من إرادة الوطاء قصر عن إفادة تمام الحكم المطلوب حيث قال: ولا بامرأة أبيه. وتصدق امرأة الأب بعقده عليها وإلا لم يفد الحكم في ذلك المحل. وإنما يصح على اعتبار لفظ النكاح في نكاح الآباء في معنى مجازي يعم العقد والوطء ولك النظر في تعيينه ويحتاج إلى دليل يوجب اعتبارها في المجازي، وليس لك أن تقول ثبتت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطاء بالإجماع لأنه إذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مراداً منه بلا شبهة فإن الإجماع تابع للنص أو القياس عن أحدهما يكون ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم يثبت بذلك أن ذلك الحكم مراد من كلام الشارع إذا احتمله. كذا في فتح القدير. وقول الزيلعي «إن الآية تتناول منكوحة الأب وطئاً وعقداً صحيحاً وإن كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لأنه نفي، وفي النفي يجوز الجمع بينهما كما يجوز في المشترك أن يعم جميع معانيه في النفي» اهـ. ضعيف في الأصول والصحيح أنه لا يجوز الجمع بينهما لا في النفي ولا في الإثبات ولا عموم للمشارك مطلقاً. قال الأكمل في التقرير: والحق أن النفي لما اقتضاه الإثبات فإن اقتضى الإثبات الجمع بين المعنيين فالنفي كذلك وإلا فلا. وأما مسألة اليمين المذكورة في المبسوط: حلف لا يكلم مولاك وله أعلون وأسفلون أيهم كلم حنث. فليس باعتبار عموم المشترك في النفي كما توهمه

فرحة وزينب بنتا فاطمة من عمرو ومريم بنتها من غيره، وحواء بنت كلثوم من عمرو، وزينب خالة بكر بن رحة لأم وأب، ومريم خالته لأم، فلو كان لهما خالة تحرم على بكر لأنها تكون أخت جدته فاطمة وأما حواء فإنها خالة بكر لأن فلو كان لها خالة تكون أخت كلثوم امرأة جده أبي أمه فتحل له قوله: (وعبارة النقاية أولى) أي لإفادتها التحريم من الطرفين، وعبارة المصنف قاصرة عن ذلك أي صريحاً، وإلا فلا يخفى أنه يلزم من حرمة تزوجه أصوله وفروعه حرمة تزوجه أصولها وفروعها فإنه إذا حرم عليه تزوج أمه وبنته فقد حرم عليهما تزوجه قوله: (وفي الكشف واللمس ونحوه الخ) اعترض بأنه لا حاجة إلى نقله عنه بعد ما طفحت المتون بذكره فإن اللمس كالوطء في إيجابه حرمة المصاهرة من غير اختصاص بموضع دون موضع، أقول: ويمكن الجواب بأن الآية صرحت بالتحريم بقيد الدخول وبعده عند عدمه فكان ذلك مظنة، أن يتوهم أن المس ونحوه ليس كالدخول في تحريم الريبة. وإن ما قالوه من أنه محرم مخصوص بما عداها فنقل أنه مثله قائم مقامه عن الكشف عن أبي حنيفة، وكأنه لم يجد نقلاً في خصوص هذه المسألة عن أبي حنيفة إلا في الكشف

البعض وإنما هو لأن حقيقة الكلام متروكة بدلالة اليمين إلى مجاز يعمهما وهو أن يكون الموالي من تعلق به عتق وهو بعمومه يتناول الأعلى والأسفل اهـ. لكن اختار المحقق في التحرير أنه يعم في النفي لأنه نكرة في النفي والمنفي ما سمي باللفظ وتام تحقيقه في الأصول. فالحاصل أن الأولى أن النكاح في الآية للعقد كما هو المجمع عليه، ويستدل لثبوت حرمة المصاهرة بالوطء الحرام بدليل آخر. وفي المحيط: رجل له جارية فقال قد وطئتها لا تحل لابنه، وإن كانت في غير ملكه فقال قد وطئتها يحل لابنه أن يكذبه ويطأها لأن الظاهر يشهد له. ولو اشترى جارية من ميراث أبيه يسعه أن يطأها حتى يعلم أن الأب وطئها تزوج امرأة على أنها بكر فلما أراد مجامعتها وجدها مفتضة قال لها من افتضك؟ فقالت: أبوك. إن صدقها الزوج بانت منه ولا مهر لها، وإن كذبها فهي امرأته اهـ. وأما حليلة الابن فبقوله تعالى ﴿وحلائل أبنائكم الذي من أصلا بكم﴾ [النساء: ٢٣] فإن اعتبرت الحليلة من حلول الفراش أو حل الإزار تناولت الموطوءة بملك اليمين أو شبهة أو زنى فيحرم الكل على الآباء وهو الحكم الثابت عندنا، ولا يتناول المعقود عليها للابن أو بنيه وإن سفلوا قبل الوطء، والفرض أنها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتباره من الحل - بكسر الحاء - وقد قام الدليل على حرمة الزنى بها للابن على الأب فيجب اعتباره في أعم من الحل والحل. ثم يراد بالأبناء الفروع فتحرم حليلة الابن السافل على الجد الأعلى، وكذا حليلة ابن البنت وإن سفل، وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع. وذكر الأصحاب في الآية لإسقاط حليلة الابن المتبني. كذا في فتح القدير. والظاهر أن الحليلة الزوجة كما في المغرب فتحرم زوجة الابن على الأب مطلقاً بالآية، وأما حرمة من وطئها ممن ليس بزوجة فبدليل آخر، وكونها من حلول الفراش لا يقتضي تناولها للموطوءة بملك اليمين وغيره بل لا بد من قيد الزوجية، فإن صاحب المغرب فسرهما بالزوجة ثم قال: لأنها تحل زوجها في فراش.

قوله: (والكل رضاعاً) بيان للنوع الثالث وهو أن ما يحرم بالنسب والصهرية يحرم بالرضاع للآية والحديث حتى لو أرضعت امرأة صبياً حرم عليه زوجة زوج الظئر الذي نزل لبنها منه لأنها امرأة أبيه من الرضاعة، ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لأنها امرأة ابنه من الرضاعة. وفي شرح الوفاية: وهذا يشمل عدة أقسام كبنات الأخت مثلاً تشمل البنت الرضاعية للأخت النسبية

فعزاها إليه، لأن صاحب الكشف من مشايخ المذهب وهو حجة في النقل قوله: (فإن أريد به حرمة امرأة الأب والجد) الذي في الفتوح: فإن أريد من حرمة بلفظ «من» الجارة بدل «به» والمعنى عليها ظاهر.

قوله: (فإن الإجماع تابع للنص أو القياس عن أحدهما يكون) قال الرملي: معناه أن الإجماع لا يكون إلا عن النص أو القياس المأخوذ من النص فافهم اهـ. فقوله «عن أحدهما يكون» أي يوجد وينشأ بيان للتبعية قوله: (وذكر الأصحاب في الآية الخ) قال الرملي قالوا: لا يحرم على المرأة زوجة من تبناه لأنه ليس بابن له، ولا تحرم بنت زوج الأم ولا أمه ولا أم زوجة الأب ولا بنتها ولا أم

نكاحاً ووطاً بملك يمين فلو تزوج أخت أمته الموطوءة لم يطأ واحدة منهما حتى يبيعهما

والبنت النسبية للأخت الرضاعية والبنت الرضاعية للأخت الرضاعية هـ. ولم يستثن المصنف هنا شيئاً واستثنى في كتاب الرضاع أم أخيه وأخت ابنه، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنه لا حاجة إليه عند المحققين لأن المعنى الذي لأجله حرم في النسب لم يكن موجوداً فيهما واستثنى بعضهم إحدى وعشرين صورة وجمعها في قوله:

يفارق النسب الإرضاع في صور كأم نافلة أو جدة الولد

وأم عم وأخت ابن وأم أخ وأم خال وعمة ابن اعتمد

لأن كل واحد من هذه السبع إما أن يكون المضاف رضاعياً والمضاف إليه نسبياً أو عكسه، أو كل منهما رضاعياً فيجوز له نكاح أم أخيه رضاعاً، سواء كانت الأم رضاعية وحدها أو نسبية وحدها أو كل منهما رضاعياً وكذا في بقية الصور قوله: (والجمع بين الأختين نكاحاً ووطاً بملك يمين) بيان للنوع الرابع وهو الجمع بين المحارم، أما الأول فلقوله تعالى ﴿وإن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء: ٢٣] وأما الثاني فللحديث «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجتمعن ماءه في رحم أختين» وليس حرمة الجمع بينهما لقطع الرحم لما في المبسوط. ولا يجمع الرجل بين أختين من الرضاعة ولا بين امرأة وابنة أختها أو ابنة أخيها، وكذلك كل امرأة ذات محرم منها من الرضاعة للأصل الذي بينا أن كل امرأتين لو كانت إحداها ذكراً والأخرى أنثى لم يجز للذكر أن يتزوج الأنثى فإنه يحرم الجمع بينهما بالقياس على حرمة الجمع بين الأختين فكذلك من الرضاعة.

وتبين بهذا أن حرمة هذا الجمع ليس لقطيعة الرحم فإنه ليس بين الرضيعين رحم وحرمة الجمع بينهما ثابتة هـ. وسيأتي حديث يرد فلو قدموا حرمة الجمع على قولهم والكل رضاعاً لكان أولى كما لا يخفى، وتفرع على عدم الفرق بين الأختين نسباً ورضاعاً أنه لو كان له زوجتان رضيعتان أَرْضَعْتَهُمَا أَجْنَبِيَّةً فسد نكاحهما، والمراد بالنكاح في المختصر العقد. وقوله «بملك يمين» متعلق بالوطء فأفاد أنه يجوز الجمع بينهما ملكاً بدون الوطء قوله: (فلو تزوج أخت أمته الموطوءة لم يطأ واحدة منهما حتى يبيعهما) بيان لشيئين: أحدهما صحة نكاح الأخت مع كون أختها موطوءة له بملك اليمين لصدوره من أهله مضافاً إلى محله وأورد عليه أن المنكوحة موطوءة حكماً باعتباركم فيصير بالنكاح جامعاً ووطاً حكماً وهو باطل، وجوابه أن لزوم الجمع بينهما ووطاً حكماً ليس بلازم لأن بيده إزالته فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطء بعدها لقيامه إذا ذاك. أطلق في الأخت

زوجة الابن ولا بنتها ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب.

قوله: (وسيأتي حديث يرد) أي يأتي عند قول المصنف «وبين امرأتين» حديث يرد ما ذكره في المبسوط من أن حرمة الجمع ليس لقطيعة الرحم والجواب عن قوله «فإنه ليس بين الرضيعين رحم الخ» قوله: (وأورد عليه أن المنكوحة موطوءة حكماً) أي بدليل ثبوت نسب ولدها بمجرد العقد حتى لو نكح مشرقي مغربية ثبت نسب أولادها منه قوله: (فيصير بالنكاح جامعاً ووطاً) أما في المنكوحة

ولو تزوج أختين في عقدتين ولم يدر الأول فرق بينه وبينهما ولهما نصف المهر وبين

المتزوجة فشمل ما إذا كانت أمة أو حرة. ثانيهما حرمة وطء واحدة منهما حتى يبيعهما لأنه لو جامع المنكوحة يصير جامعاً بينهما وطئاً حقيقة، ولو جامع المملوكة يصير جامعاً بينهما حقيقة وحكماً. والمراد بالبيع أنه يحرم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع كالبيع كلاً أو بعضاً والتزويج الصحيح والهبة مع التسليم والإعتاق كلاً أو بعضاً والكتابة، وأما التزويج الفاسد فلا عبرة به إلا إذا دخل بها فتحرم حينئذ الموطوءة لوجوب العدة عليها فتحل حينئذ المنكوحة. وكذا المراد بالتزويج في المختصر النكاح الصحيح فلو تزوج الأخت نكاحاً فاسداً لم تحرم عليه أمته الموطوءة إلا إذا دخل بالمنكوحة فحينئذ تحرم الموطوءة لوجود الجمع بينهما حقيقة ولا يؤثر الإحرام والحيض والنفاس والصوم، وكذا الرهن والإجارة والتدبير لأن فرجها لا يحرم بهذه الأسباب. كذا في التبيين من فصل الاستبراء، وإذا عادت الموطوءة إلى ملكه بعد الإخراج، سواء كان بفسخ أو بشراء جديد لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب كما كان أولاً. وأطلق في الأمة فشمل أم الولد كما في غاية البيان، وقيد بكونها موطوءة لأنه لو لم يكن وطئها جاز له وطء المنكوحة لأن المرقوقة ليست بموطوءة حكماً فلم يصير جامعاً بينهما وطئاً لا حقيقة ولا حكماً. وأشار المصنف إلى أنه لو تزوج جارية ولم يطأها حتى ملك أختها فليس له أن يطأ المشتراة لأن المنكوحة موطوءة حكماً، وإلى أنه لو ملك أختين له أن يطأ إحداها فإذا وطئ إحداها ليس له وطء الأخرى بعد ذلك، وإلى أنه لو ملك جارية فوطئها ثم ملك أختها كان له أن يطأ الأولى وليس له وطء الأخرى ما لم يحرم فرج الأولى على نفسه، ولو وطئها أثم ثم لا يحل له وطء واحدة منهما حتى يحرم الأخرى بسبب.

قوله: (ولو تزوج أختين في عقدتين ولم يدر الأول فرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداها باطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة أو للضرر فتعين التفريق وطولب بالفرق بين هذا وبين ما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل. وأجيب بإمكانه هناك لا هنا لأن نكاحهن كان متيقن

فلما قلنا، وأما في الأمة فلأن حكم الوطء الأول قائم حتى ندب له عند إرادته بيعها استبرأوها. كذا في النهر قوله: (والمراد بالبيع أنه يحرم الموطوءة على نفسه بسبب الخ) قال في النهر: ولم أر في كلامهم ما لو باعها بيعاً فاسداً أو وهبها كذلك وقبضت والظاهر أنه يحل وطء المنكوحة هـ. قلت: وهذا بناء على أن الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وهو الذي به يفتى كما في الدرر وغيرها على خلاف ما صححه في العمادية قوله: (وأما التزويج الفاسد فلا عبرة به) قال الرملي أي تزويج أمته لرجل تزويجاً فاسداً لا عبرة به ما لم يدخل بها الزوج فتحل أختها التي تزوجها السيد، والمراد بالدخول الوطء لأن مجرد الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة قوله: (ولا إلى التنفيذ) أي تنفيذ نكاح واحدة لا بعينها بدليل قوله «مع التجهيل» وعليه فيلزم من التعيين التنفيذ ولا عكس قوله: (فله

الثبوت فله أن يدعي نكح من شاء بعينه منهن تمسكاً بما كان متيقناً ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها، فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوت. ومعنى فرق بينه وبينهما أنه يفترض عليها مفارقتهما، ولو علم القاضي بذلك وجب عليه أن يفرق بينهما دفعاً للمعصية بقدر الإمكان كما في المحيط، ولم يذكر في المختصر أن هذا التفريق طلاق أو فسخ. وفي فتح القدير: والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلاقة لو تزوجها بعد ذلك فإن وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيتها شاء للحال أو بعده فليس له التزوج بواحدة منهما حتى تنقضي عدتهما، وإن انقضت عدة إحداها دون الأخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الأخرى كيلا يصير جامعاً، وإن وقع بعده بإحداها فله أن يتزوجها في الحال دون الأخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها هـ. وقيد بكونه تزوجهما في عقدين إذ لو كانا في عقد واحد بطلاً يقيناً، وقيد في المحيط بأن لا تكون إحداها مشغولة بنكاح الغير أو عدته، فإن كانت كذلك صح نكاح الفارغة لعدم تحقق الجمع بينهما كما لو تزوجت امرأة زوجين في عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع نسوة فإنها تكون زوجة للآخر لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين إذا كانت هي لا تحمل لأحدهما هـ. فإذا كانا في عقد واحد فرق بينهما وبينهما أيضاً فإن كان قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما، وإن دخل بهما وجب لكل الأقل من المسمى ومن مهر المثل كما هو حكم النكاح الفاسد وعليهما العدة. وقيد بعدم علم العقد الأول إذ لو علم فهو الصحيح والثاني باطل وله وطء الأولى إلا أن يطأ الثانية فتحرّم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية كما لو وطئ أخت امرأته بشبهة حيث تحرّم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة. وفي الدراية عن الكامل: لو زنى بإحدى الأختين لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة. واستشكله في فتح القدير ولم يبينه، ووجهه أنه لا اعتبار لماء الزاني ولذا لو زنت امرأة رجل لم تحرّم عليه وجاهز له وطؤها عقب الزنا. ولو قال المصنف «ولو تزوج أختين في عقدين معاً أو لم يدر الأول فرق بينه وبينهما» لكان أفود لما في الذخيرة معزياً

أن يدعي نكاح من شاء بعينه منهن (الخ) أقول: إن أريد أن له الدعوى من غير ترجيح فمشكل لأن التحري في الفروج ممنوع، وإن أريد مع المرجح فلا فرق، وينبغي أن لا يحل له ديانة بمجرد الدعوى. كذا في الرمز هـ. لكن في قوله «فلا فرق» نظر لأن نكاح من ادعى نكاحها كان قبل ثابتاً بيقين بخلافه في مسألتنا قوله: (وإن وقع بعده) أي بعد الدخول قوله: (بطلاً يقيناً) أي للجمع بين الأختين فلا يستحقان شيئاً من المهر اهـ درر. قوله: (ووجهه أنه لا اعتبار لماء الزاني) قال في النهر: يشكل عليه ما في نظم ابن وهبان: ولو زنت امرأة حرمت على زوجها حتى تحيض وتطهر. وعزاه في الشرح إلى التنف معللاً باحتمال علوقها من الزنا فلا يسقي ماؤه زرع غيره إلا أن يدعي ضعفه، وسيأتي أن الموطوءة بزنا يحل وطؤها بالنكاح من غير استبراء عندهما. وقال محمد: لا أحب أن يطأها غير أن يستبرئها هـ. قلت: ومن صرح بضعف ما ذكره ابن وهبان تلميذ المؤلف في منحه وتبعه

امراتين أية فرضت ذكر حرم النكاح والزنا واللمس والنظر بشهوة يوجب حرمة

إلى الجامع : لو وكل رجل رجلاً أن يزوجه امرأة ووكل رجلاً آخر بمثل ذلك فزوجه كل واحد منهما امرأة وهما أختان من الرضاع ووقع العقدان منهما معاً فهما باطلان لأن عبارة الوكيل في باب النكاح منقولة إلى الموكل ، فإذا خرج الكلامان معاً صار كأن الموكل خاطبهما بالنكاح ، فلو لم يوكلهما وإنما كانا فضولين ووقعاً معاً فللزواج أن يميز نكاح إحداهما ، ولو خرج إيجاب الأختين معاً بأن قالت كل واحدة منهما لرجل واحد زوجت نفسي منك بكذا وخرج الكلام منهما معاً فقبل الزوج نكاح إحداهما فهو جائز لعدم الجمع من الزوج ، وأما من الأختين فلأن كل واحدة زوجت نفسها على حدة ولا ولاية لإحداهما على صاحبها حتى ينقل كلام كل إلى الأخرى . ولو بدأ الزوج فقال تزوجتكما كل واحدة منكما بألف فقالت إحداهما رضيت وأبت الأخرى فنكاحها باطل لوجود الجمع في الخطاب بينهما في إحدى شطري العقد وأنه كافٍ للفساد ، ألا ترى أن رجلاً لو قال لخمسة نسوة قد تزوجتكن على ألف فقالت إحداهما رضيت لا يجوز نكاحهن لوجود الجمع من جانب الزوج فعلم به أن الجمع في إحدى شطري العقد يوجب الفساد كالجمع في شطري العقد ا هـ . مع بعض اختصار منه .

قوله : (ولهما نصف المهر) لأنه وجب للأولى منهما وانعدمت الأولوية للجهل بالأولية فيصرف إليهما . أطلقه وهو مقيد بأربعة قيود كما قالوا : الأول أن يكون المهر مسمى في العقد فلو لم يكن مسمى وجبت متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وتركه اعتماداً على ما يصرح به في باب المهر . الثاني أن يكون مهرهما متساويين إذ لو كانا مختلفين يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها ولا حاجة إلى التقييد به لأنه لم يقل ولهما نصف المهر على السواء

الحصكفي قوله : (لما في الذخيرة إلى قوله فهما باطلان) قال في النهر : كيف يتم هذا مع قوله «ولهما نصف المهر» وهذا لأن الباطل لا مهر فيه .

قوله : (إذ لو كانا مختلفين يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها) كذا ذكره الزيلعي والكمال وفي شرح الشيخ إسماعيل عن يعقوبية . وهذا مخالف لما في الكافي والكفاية وهو أن لهما الأقل من نصفي المهرين لأن فيه يقيناً ا هـ . قال الشيخ إسماعيل : والاحتياط القضاء بما في الكافي والكفاية لأن الأول مطروق باحتمال فكان قضاء بمحتمل ا هـ . وقد فصل في الدرر فقال : وإن اختلفا أي مسماهما فإن علما فلكل ربع مهرها وإلا فلكل واحدة نصف أقل السمين . واعترضه محشوه بأن قوله «فلكل» صوابه «فلهما» وبأن ما ذكره من التفصيل لم يوجد في شيء من الكتب . قال الشيخ إسماعيل : والظاهر أن المصنف أراد أن يوفق بين ما وقع في التبيين وبين ما وقع في الكافي وغيره بأن الأول فيما إذا كان ما سمي لكل واحدة منهما بعينها معلوماً كالحسمائة لفاطمة والألف

حتى يرد عليه ذلك. الثالث أن يكون قبل الدخول إذ لو كانت الفرقة بعد الدخول يجب لكل واحدة المهر كاملاً لأنه استقر بالدخول فلا يسقط منه شيء، ولا حاجة إلى التقييد به لأن نصف المهر حكم الفرقة قبل الدخول مع أنه مشكل بل إذا كان بعد الدخول فإنه يقضى بمهر كامل وعقر كامل، ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لهما قدرأً وجنسأً، أما إذا اختلفا فيتعذر إيجاب عقر إذ ليست إحداها أولى بجعلها ذات العقد من الأخرى لأنه فرع الحكم بأنها الموطوءة في النكاح الفاسد. الرابع أن تدعي كل واحدة منهما أنها الأولى ولا بينة لهما، أما إذا قالتا لا ندري أي النكاحين أول لا يقضى لهما بشيء لأن المقضى له مجهول وهو يمنع صحة القضاء كمن قال لرجلين لأحدهما على ألف لا يقضى لأحدهما بشيء إلا أن يصطلحا بأن يتفقا على أخذ نصف المهر منه فيقضى لهما به، وهذا القيد الرابع زاده أبو جعفر الهندواني، فظاهر الهداية تضعيفه لكنه حسن يندفع به قول أبي يوسف أنه لا شيء لهما لجهالة المقضى له، والمروي عن محمد من وجوب مهل كامل لهما لإقرار الزوج بجواز نكاح إحداها أبعد لاستلزامه إيجاب الشيء مع تحقق عدم لزومه فإن إيجاب كماله حكم الموت أو الدخول حقيقة أو حكماً وهو مفقود. وفي التبيين: وكل ما ذكرنا من الأحكام بين الأختين فهو الحكم بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم.

قوله: (وبين امرأتين أية فرضت ذكر أحرم النكاح) أي حرم الجمع بين امرأتين إذا كانتا بحيث لو قدرت إحداها ذكراً حرم النكاح بينهما أيتهما كانت المقدرة ذكراً كالجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها، والجمع بين الأم والبنت نسباً أو رضاعاً لحديث مسلم «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها»^(١) وهذا مشهور يجوز تخصيص عموم الكتاب ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] به وبدل على اعتبار الأصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله «فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم» ولرواية أبي داود: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة. فأوجب تعدي الحكم المذكور إلى كل قرابة يفرض وصلها وهو ما تضمنه الأصل

لزاهدة، والثاني فيما إذا لم يكن معلوماً كذلك بأن يعلم أنه سمي لواحدة منهما خمسمائة وللأخرى ألف إلا أنه نسي تعيين كل منهما لكن سياق ما في الكافي والكفاية لا يؤدي انحصاره وفيما أشير إلى حمله عليه، ولذا قيل: لو حمل على اختلاف الرواية لكان أولى قوله: (مع أنه مشكل) قال الرملي: أي إيجاب مهر كامل لكل واحدة منهما. وقوله ويجيب حمله أي حمل القضاء بمهر كامل وعقر كامل.

(١) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٢٧. مسلم في كتاب النكاح حديث ٣٧ - ٣٩. أبو داود في كتاب النكاح باب ١٢. الترمذي في كتاب النكاح باب ٣٠. ابن ماجه في كتاب النكاح بابا ٣١. أحمد في مسنده (٧٨/١) (١٧٩/٢)، (١٨٩).

المذكور فيتخرج عليه حرمة الجمع بين عمتين وخالتين، وذلك أن يتزوج كل من الرجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فتكون كل من البنتين عمة للأخرى، أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للأخرى. وبما قرر علم أن العلة خوف القطيعة، وظهر به ضعف ما قدمناه عن المبسوط من أن العلة ليس ذلك إذ لا قرابة بين الأختين رضاعاً. وجوابه أن حرمة الجمع بينهما للحديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. والمراد بالحرمة في قوله «حرم النكاح» الحرمة المؤبدة، أما المؤقتة فلا تمنع ولذا لو تزوج أمة ثم سيدتها فإنه يجوز كما في الجامع والزيادات لأنها حرمة مؤقتة بزوال ملك اليمين. وقيل: لا يجوز تزوج السيدة عليها نظراً إلى مطلق الحرمة كما في القنية. وقيد بقوله «أية فرضت» لأنه لو جاز نكاح إحداها على تقدير مثل المرأة وبنت زوجها أو امرأة ابنها فإنه يجوز الجمع بينهما عند الأئمة الأربعة، وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه أحد. ويبانه أنه لو فرضت بنت الزوج ذكراً بأن كان ابن الزوج لم يجر له أن يتزوج بها لأنها موطوءة أبيه، ولو فرضت المرأة ذكراً لجاز له أن يتزوج ببنت الزوج لأنها بنت رجل أجنبي، وكذلك بين المرأة وامرأة ابنها فإن المرأة لو فرضت ذكراً لحرم عليه التزوج بامرأة ابنه، ولو فرضت امرأة الابن ذكراً لجاز له التزوج بالمرأة لأنه أجنبي عنها. قالوا: ولا بأس أن يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه أمها أو بنتها لأنه لا مانع وقد تزوج محمد بن الحنفية امرأة وزوج ابنه بنتها.

قوله: (والزنا واللمس والنظر بشهوة يوجب حرمة المصاهرة) وقال الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحذور. ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كماً فيصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد لا من حيث إنه زنا، واللمس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه

قوله: (والمراد بالحرمة الغ) اعترض بأنه لا حاجة إلى قيد التأبید لإغناء قوله «أية فرضت ذكر إحرام النكاح» فإن السيدة لو فرضت ذكر إجاز له وطء الأخرى. وهذا بناء على أن المراد بالنكاح الوطء أو ما يشمله ويشمل العقد ولذا لم يذكره في النهر، وأخرج هذه المسألة بقوله أية فرضت. نعم لو أريد بالنكاح العقد احتيج إليه إذ يحرم إيراد العقد حيثنذ عليهما. وأما ما يأتي من استحسان إيراد العقد من السيد على الأمة فذاك للاحتياط، وبه يعلم أن ذكر التأبید وإخراج المسألة بقوله «أية فرضت» كما في فعل في الدر المختار غير ظاهر، بل الواجب الاقتصار على أحدهما قوله: (نظر إلى مطلق الحرمة) قال في النهر: الظاهر أن هذا القول له التفات إلى أن الحرمة من أحد الجانبين كافية كما قال زفر: فحرم الجمع بين المرأة وبنت زوجها لا بالنظر إلى التأبید وعدمه. قوله: (من حيث أنه

في موضع الاحتياط. كذا في الهداية. ولم يستدل بقوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ [النساء: ٢٢] كما فعل الشارحون لما قدمنا أنه لا يصلح الاستدلال به. أراد بالزنا الوطء الحرام وإنما قيد به لأنه محل الخلاف، أما لو وطئ المنكوحة نكاحاً فاسداً أو المشتراة فاسداً أو الجارية المشتركة أو المكاتبه أو المظاهر منها أو الأمة المجوسية أو زوجته الحائض أو النفساء أو كان محرماً أو صائماً فإنه يثبت حرمة المصاهرة اتفاقاً. وبه علم أن الاعتبار لعين الوطء لا لكونه حلالاً أو حراماً، وليفيد أنه لا بد أن تكون المرأة حية لأنه لو وطئ الميتة فإنه لا تثبت حرمة المصاهرة كما في الخاتنة، وليفيد أنه لا بد أن يكون في القبل لأنه لو وطئ المرأة في

سبب الولد) قال ابن أميرحاج في شرح التحرير: فإن قيل ثبوت حرمة المصاهرة نعمة لأنها تلحق الأجنيات بالأمهات والأجانب بالآباء وقد ثبتت مسببة عن الزنا عند الحنفية وهو تناقض ظاهر لأنه يفيد جعل الزنا مشروعاً بعد النهي، فالجواب منع ثبوتها مسببة عن الزنا من حيث ذاته بل من حيث إنه سبب للماء الذي هو سبب البعضية الحاصلة بالولد الذي هو مستحق الكرامات ومنها حرمة المحارم إقامة للسبب الظاهر المقضي إلى المسبب الحقي مقامه كما في الوطء الحلال لأن الوقوف على حقيقة العلوق متعذر، والولد عين لا معصية فيه ثم يتعدى حرمة أبي الواطئ وأبنائه من الولد إلى الموطوءة، وحرمة أمهات الموطوءة وبناتها منه أيضاً إلى الواطئ لصيرورة كل من الواطئ والموطوءة بعضاً عن الآخر بواسطة الولد لأن الولد مخلوق من مائهما ومضاف إلى كل منهما، وهذا هو المراد بقوله «وثبوت حرمة المصاهرة عنده أي الزنا بأمر آخر لا بالزنا» اهـ. عبارة ابن أميرحاج في شرح التحرير، وقال الحلبي محشي الزيلعي: وهذا جواب لقول الشافعي إن حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحذور، بيانه أن الوطء يثبت حرمة المصاهرة لا من حيث إنه زنا، بل من حيث أنه سبب الولد المخلوق من المائين، والولد محترم مكرم داخل تحت قوله ﴿ولقد كرمنا بني آدم﴾ [الإسراء: ٧٠] فليس فيه صفة القبح لأنه مخلوق بخلق الله تعالى على أي وجه اجتمع الماءان في الرحم ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ثم أنشأنه خلقاً آخر﴾ [المؤمنون: ١٤] فلما لم يكن في الأصل وهو الولد صفة القبح صار المنظور إليه هو الذي قام مقامه وهو الوطء كالتراب لما قام مقام الماء عند عدمه صار المنظور صفة الماء في إثبات الطهارة لا صفة التراب الذي هو تلويث فلم يرد علينا قول الشافعي أن الزنا محذور لا يثبت به ما سبيله النعمة والكرامة لأن الزنا ليس بمنظور إليه في إيجاب حرمة المصاهرة فافهم. اهـ عبارة الحلبي.

قوله: (لأنه لو وطئ المرأة في الدبر) قال الكاكي رحمه الله تعالى: أما لو لاط بغلام لا يوجب ذلك حرمة عند عامة العلماء إلا عند أحمد والأوزاعي فإن تحريم المصاهرة عندهما يتعلق باللوطة حتى تحرم عليه أم الغلام وبنته اهـ. وفي الغاية: والجماع في الدبر لا يوجب حرمة المصاهرة وبه أخذ بعض مشايخنا، وقيل يوجبها وبه كان يفتي شمس الأئمة الأوزجندی لأنه مس وزيادة. قال صاحب الذخيرة: وما ذكره محمد أولاً أصح لعدم إفضائه إلى الجزئية.

الدبر فإنه لا يثبت حرمة المصاهرة وهو الأصح، لأنه ليس بمحل الحرث فلا يفضي إلى الولد كما في الذخيرة، وسواء كان بصبي أو امرأة كما في غاية البيان، وعليه الفتوى كما في الواقعات. ولأنه لو وطئها فأفضاها لا تحرم عليه أمها لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إذا حبلت وعلم كونه منه، وأورد عليهما أن الوطء في المسألتين حقه أن يكون سبباً للحرمة كالمس بشهوة سبب لها بل الموجود فيهما أقوى منه. وأجيب بأن العلة هي الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سبباً لهذا الوطء ولم يتحقق في الصورتين، وليفيد أنه لا بد أن يكون بغير حائل يمنع وصول الحرارة فلو جامعها بخرقه على ذكره لا تثبت الحرمة كما في الخلاصة، وليفيد أن الموطوءة لا بد أن تكون مشتبهة حالاً أو ماضياً لأن الزنا وطء مكلف في قبل مشتبهة خالٍ عن الملك وشبهته، فلو جامع صغيرة لا تشتهى لا تثبت الحرمة. وعن أبي يوسف ثبوتها قياساً على العجوز الشوهاء، ولهما أن العلة وطء سبب للولد وهو منتفٍ في الصغيرة التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه كما وقع لإبراهيم وذكرها عليهما السلام.

قال في فتح القدير: وله أن يقول الإمكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتفٍ عنهما فتساويا، والقصتان على خلاف العادة لا توجب الثبوت العادي ولا يخرجان العادة عن النفي ا هـ. وقد يقال إنها دخلت تحت حكم الاشتباه فلا تخرج عنه بالكبر ولا كذلاً، الصغيرة

فرع: قال الكاكي أيضاً: ثم إتيان المرأة في دبرها حرام بإجماع الفقهاء، وما روى ابن عبد الحكم عن الشافعي أنه قال: لم يصح تحريره عندنا عن النبي ﷺ والقياس أنه حلال. قال الربيع: كذب ابن عبد الحكم فإن الشافعي نص في ستة كتب على تحريره. وروى عن مالك تحريره، وبعضهم جعل ما روي عنه قولاً قديماً، والعراقيون لم يثبتوا الرواية عن مالك، وما جعله البعض غير ثبت. كذا في شرح الوجيز اهـ من حلبي على الزيلعي قوله (وهو الأصح) في الفتاوى البزازية: لا طب أم امرأته أو بنتها لا تحرم الأم والبنت. وذكر شمس الإسلام أنه يفتى بالحرمة احتياطاً أخذاً بقول بعض المشايخ قوله (إن الوطء في المسألتين حقه أن يكون سبباً للحرمة كالمس بشهوة لها) كذا في بعض النسخ، وفي عامتها أن الوطء في المسألتين وإن لم يكن سبباً للحرمة فالمس بشهوة سبب لها بل الموجود الخ. قوله (ولهما أن العلة وطء سبب للولد الخ) قال المقدسي فيما نقل عنه: يرد عليه أنه منتفٍ في مطلق الصغيرة لا يختص بالتي لا تشتهى فيلزم عليه أن وطء مطلق الصغيرة لا يوجب الحرمة اهـ. وفيه نظر لأن وطء المشتبهة سبب للولد لأنها في سن البلوغ لما يأتي من أن ما دون تسع لا تكون مشتبهة على المفتى به والمعتمد أيضاً في سن البلوغ تسع قوله (وقد يقال إنها دخلت تحت حكم الاشتباه الخ) مأخوذ مما في الذخيرة حيث قال: وفي الفتاوى سئل الفقيه أبو بكر عمن قبل امرأة ابنه وهي بنت خمس سنين أو ست سنين عن شهوة قال: لا تحرم على ابنه لأنها غير مشتبهة وإن اشتهاها ولا ينظر إلى ذلك. قيل له: فإن كبرت حتى خرجت عن حد الاشتباه والمسألة بحالها قال

وليس حكم البقاء كالابتداء وفي الخانية: وقال الفقيه أبو الليث ما دون تسع سنين لا تكون مشتةا وعليه الفتوى ١ هـ. فأفاد أنه لا فرق بين أن تكون سمنية أو لا ولذا قال في المعراج: بنت خمس لا تكون مشتةا اتفاقاً، وبنت تسع فصاعداً مشتةا اتفاقاً، وفيما بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايع والأصح أنها لا تبث الحرمة. وفي فتح القدير: وكذا تشترط الشهوة في الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت الحرمة. وفي الذخيرة خلافه وظاهر الأول أنه يعتبر فيه السن المذكور لها وهو تسع سنين، وكما يشترط كونها مشتةا لثبوت الحرمة في الزنا فكذلك لثبوتها في الوطء الحلال لما في الأجناس: لو تزوج صغيرة لا تشتهى فدخل بها وطلقها وانقضت عدتها وتزوجت بآخر جاز له تزوج بنتها. وأطلق في اللبس والنظر بشهوة فأفاد أنه لا فرق بين العمد والخطأ والنسيان والإكراه حتى لو أيقظ زوجته ليجمعها فوصلت يده إلى بنته منها فقرصها بشهوة وهي ممن تشتهى يظن أنها أمها حرمت عليه الأم حرمة مؤبدة. ولك أن تصورهما من جانبها بأن أيقظته هي لذلك فقرصت ابنه من غيرها. كذا في فتح القدير. وأطلق في اللبس فشمّل كل موضع من بدنها. وفي الخانية: لو مس شعر امرأة عن شهوة قالوا: لا تثبت حرمة المصاهرة. وذكر في الكيسانيات أنها تثبت ١ هـ. وينبغي ترجيح الثاني لأن الشعر من بدنها من وجه دون وجه كما قدمناه في الغسل فتثبت الحرمة احتياطاً كحرمة النظر إليه من الأجنبية، ولذا جزم في المحيط بثبوتها. وفصل في الخلاصة فما على الرأس كالبدن بخلاف المسترسل. وانصرف اللبس إلى

لأن الكبيرة دخلت تحت الحرمة فلا تخرج وإن كبرت ولا كذلك الصغيرة قوله (وظاهر الأول أنه يعتبر فيه السن الخ) قال في النهر: علل في الفتح بعدم اشتهاه وهو يفيد أن من لا يشتهي لا تثبت الحرمة بجماعه، ولا خفاء أن ابن تسع عاٍر من هذا بل لا بد أن يكون مراهماً. ثم رأيت في الخانية قال: الصبي الذي يجمع مثله كالبالغ قالوا: وهو أن يجمع ويشتهي وتستحي النساء من مثله وهو ظاهر في اعتبار كونه مراهماً لا ابن تسع، ويدل عليه ما في الفتح: مس المراهق كالبالغ. وفي البزازية: المراهق كالبالغ حتى لو جامع امرأته أو لمس بشهوة تثبت حرمة المصاهرة هـ. قلت: لكن في الوهبانية:

ومن هي مست لابن ست بشهوة يحرمه صهر أو من هو أكبر

وعزه ابن الشحنة إلى الظهيرية والقنية برقم برهان الدين قال ثم قال: صبي مسته امرأة بشهوة فإن كان ابن خمس سنين ولم يكن يشتهي للنساء فلا تثبت حرمة المصاهرة. وقال: في ابن ست أو سبع يثبت حرمة المصاهرة. ثم رقم لظهير الدين المرغينابي: صبي قبلته امرأة أبيه أو على العكس بشهوة رأيت منصوفاً عن الفقيه أبي جعفر؛ إن كان الصبي يعقل الجماع تثبت حرمة المصاهرة وإلا فلا وتماه هناك فراجع قوله: (فقرصت ابنه من غيرها) قال في النهر: قيد بابنه من غيرها ليعلم ما إذا كان منها بالأولى قوله: (وفصل في الخلاصة الخ) قال في النهر: وينبغي أن يكون شقي هذا

أي موضع من البدن بغير حائل، وأما إذا كان بحائل فإن وصلت حرارة البدن إلى يده تثبت الحرمة وإلا فلا. كذا في أكثر الكتب. فما في الذخيرة من أن الشيخ الإمام ظهير الدين يفتي بالحرمة في القبلة على الفم والذقن والخذ والرأس وإن كان على المقنعة محمول على ما إذا كانت المقنعة رقيقة تصل الحرارة معها كما قدمناه. وقيد يكون اللمس عن شهوة لأنه لو كان عن غير شهوة لم يوجب الحرمة.

والمراهق كالبالغ ووجود الشهوة من أحدهما كافٍ فإن ادعتها وأنكرها فهو مصدق إلا أن يقوم إليها منتشراً فيعانقها لأنه دليل الشهوة كما في الخانية. وزاد في الخلاصة في عدم تصديقه أن يأخذ ثديها أو يركب معها وتقبل الشهادة على الإقرار باللمس بشهوة وعلى الإقرار بالتقبيل بشهوة. وهل تقبل الشهادة على نفس اللمس والتقبيل عن شهوة؟ اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تقبل واختاره ابن الفضل لأنها أمر باطن لا يوقف عليها عادة، وقيل تقبل وإليه مال الإمام علي البزدوي، وكذا ذكر محمد في نكاح الجامع لأن الشهوة مما يوقف عليها في الجملة، إما بتحريك العضو أو بآثار آخر ممن لا يتحرك عضوه. كذا في الذخيرة. والمختار القبول كما في التجنيس. وفي فتح القدير: وثبوت الحرمة بلمسها مشروط بأن يصدقها ويقع في أكبر رأيها صدقها، وعلى هذا ينبغي أن يقال في مسه إياها لا تحرم على أبيه وابنه إلا أن يصدقها أو يغلب على ظنه صدقها، ثم رأيت عن أبي يوسف ما يفيد ذلك هـ. وأطلق في اشتراط الشهوة في اللمس فأفاد أنه لا فرق بين التقبيل على الفم وبين غيره. وفي الجوهرية: لو مس أو قبل وقال لم أشته صدق إلا إذا كان اللمس على الفرج والتقبيل في الفم هـ. ورجحه في فتح القدير قال: إلا أنه يتراءى على هذا أن الخلد ملحق بالفم. وفي الولوالجية:

القول محمل القولين، وينبغي أن يكون الخلاف في لمسها لشعره كذلك ولم أره قوله: (ووجود الشهوة من أحدهما كافٍ) قال الرملي أقول قال في ملتقى الأبحر: وكذا اللمس بشهوة من أحد الجانبين ونظره إلى فرجها الداخل ونظرها إلى ذكره بشهوة. وفي فتح القدير في بحث اللمس: ثم وجود الشهوة من أحدهما كافٍ ولم يذكروا ذلك في النظر فدل أنه لو لمسها ولم يشته هو واشتهت هي حال المس وعكسه تحرم المصاهرة بخلاف ما لو نظر إلى فرجها فاشتتهت هي لا هو وعكسه، والفرق اشتراكهما في لذة اللمس كالمشتركين في لذة الجماع بخلاف النظر فإنه لم يحصل ذلك في نظره لها بلا شهوة منه لها، وفي نظرها إلى فرجه بلا شهوة منها له وإن اشتتهت هي. تأمل. قلت: وقوله «وإن اشتتهت هي» لا محل له هنا تأمل قوله: (والمختار القبول كما في التجنيس) عبارته المختار أنه يقبل إليه أشار محمد في الجامع وإليه ذهب فخر الإسلام على البزدوي لأن الشهوة مما يوقف عليه بتحريك العضو من الذي يتحرك عضوه أو بآثار آخر ممن لا يتحرك عضوه هـ. وبه علم أن ما في النهر من عزوه إلى التجنيس أن المختار عدم القبول سبق قلم قوله: (إلا أن يصدقها الخ) الذي في الفتح «إلا أن يصدقها أو يغلب على ظنهما صدقة».

إذا قبل أم امرأته أو امرأة أجنبية يفتى بالحرمة ما لم يتبين أنه قبل بغير شهوة لأن الأصل في التقبيل هو الشهوة بخلاف المسألة هـ. وكذا في الذخيرة إلا أنه قال: وظاهر ما أطلق في بيع العيون يدل على أنه يصدق في القبلة سواء كانت على الفم أو على موضع آخر هـ. وأطلق في النظر بشهوة للاختلاف في محله، فعند أبي يوسف النظر إلى منابت الشعر يكفي. وقال محمد: لا تثبت حتى ينظر إلى الشق. وعن أبي يوسف لا بد أن ينظر إلى الفرج الداخل ولن يتحقق ذلك إلا إذا كانت متكئة. واختاره في الهداية وصححه في المحيط والذخيرة، وفي الخاتمة وعليه الفتوى، وفي فتح القدير وهو ظاهر الرواية لأن هذا حكم تعلق بالفرج والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه، وأن الاحتراز عن الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره. ولا يقال إنه إذا تردد فالاحتياط القول بثبوتها لأن هذا الحكم وهو التحريم بالمس والنظر بثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط لكن صحح في الخلاصة النظر إلى موضع الشق عن شهوة فهو تصحيح لقول محمد السابق. وظاهر ما في الذخيرة وغيرها أنهم اتفقوا على أن النظر بشهوة إلى سائر أعضائها لا عبرة به ما عدا الفرج، وحينئذ فإطلاق المصنف في محل التقييد كما لا يخفى. والعبرة لوجود الشهوة عند المس والنظر حتى لو وجدا بغير شهوة ثم اشتهى بعد الترك لا تتعلق به حرمة. والنظر من وراء الزجاج يوجب حرمة المصاهرة بخلاف المرأة لأنه لم ير فرجها وإنما رأى عكس فرجها، وكذا لو وقف على الشط فنظر إلى ماء فرأى فرجها لا يوجب الحرمة، ولو كانت هي في الماء فرأى فرجها تثبت الحرمة. ولم يذكر المصنف حد الشهوة للاختلاف فقل لا بد أن تنتشر آلته إذا لم تكن منتشرة أو تزداد انتشاراً إن كانت منتشرة. وقيل حداً أن يشتهي بقلبه إن لم يكن مشتتاً أو يزداد إن كان مشتتاً، ولا يشترط تحرك الآلة وصححه في المحيط والتحفة، وفي غاية البيان وعليه الاعتماد وصحح الأول في الهداية. وفائدة الاختلاف كما في الذخيرة تظهر في الشيخ الكبير والعين والذي ماتت شهوته فعلى القول الأول لا تثبت الحرمة وعلى الثاني تثبت فقد اختلف التصحيح لكن في الخلاصة وبه يفتى أي بما في الهداية فكان هو المذهب، لكن ظاهر ما في التجنيس وفتح القدير أن ميل القلب كافٍ في الشيخ والعين اتفاقاً وأن محل الاختلاف فيمن يتأتى منه الانتشار إذ مال بقلبه ولم تنتشر آلته وهو أحسن مما في الذخيرة كما لا يخفى.

قوله: (لكن ظاهر ما في التجنيس وفتح القدير أن ميل القلب كافٍ) قال في الفتح: ثم هذا الحد في حق الشاب: أما الشيخ والعين فحدهما تحرك قلبه أو زيادة تحركه إن كان متحركاً لا مجرد ميلان النفس فإنه يوجد فيمن لا شهوة له أصلاً كالشيخ الفاني. ثم قال: ثم وجود الشهوة من أحدهما كافٍ ولم يحدد الحد المحرم منها في حق الحرمة، وأقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر

وأطلق المصنف ولم يقيد المس والنظر بشهوة بغير الإنزال للاختلاف فيما إذا أنزل فليل
يوجب الحرمة. وفي الهداية: والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفضٍ إلى
الوطء. وفي غاية البيان: وعليه الفتوى. فقد أطلق المصنف أيضاً في محل التقييد، وأطلق في
اللامس والملموس ليفيد أنه لا فرق بين الرجل والمرأة، فلو مست المرأة عضواً من أعضاء
الرجل بشهوة أو نظرت إلى ذكره بشهوة تثبت الحرمة. وأطلق فيهما أيضاً فشمّل المس والنظر
المباحين والمحرمين، وأراد بحرمة المصاهرة المحرمات الأربع: حرمة المرأة على أصول الزاني
وفروعه نسباً ورضاعاً، وحرمة أصولها وفروعها على الزاني نسباً ورضاعاً كما في الوطء
الحلال ويحل لأصول الزاني وفروعه أصول المزي بها وفروعها. ولو قال المصنف توجب
المحرمة لكان أولى لما في الخانية: وإذا فجر الرجل بامرأة ثم تاب يكون محرماً لابنتها لأنه
حرم عليه نكاح ابنتها على التأييد، وهذا دليل على أن المحرمة تثبت بالوطء الحرام وبما تثبت
به حرمة المصاهرة اهـ. وفي كشف الأسرار من بحث النهي: وبعض أصحابنا قالوا حرمة
المصاهرة تثبت بطريق العقوبة كما يثبت حرمان الإرث في حق القاتل عقوبة، والأصل فيه
قوله تعالى ﴿فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم﴾ [النساء: ١٦٠] وعلى
هذا الطريق يقولون المحرمة لا تثبت حتى لا تباح الخلوة والمسافرة، ولكن هذا فاسد فإن
التعليل لتعدية حكم النص لا لإثبات حكم آخر سوى المنصوص عليه فإن ابتداء الحكم لا
يجوز إثباته بالتعليل والمنصوص به حرمة ثابتة بطريق الكرامة فإنما يجوز التعليل لتعدية تلك
الحرمة لا لإثبات حرمة أخرى. كذا في المبسوط. قلت: وإنما اختار بعض مشايخنا هذا
الطريق لأن هذه الحرمة لما كانت بطريق الاحتياط كان الاحتياط في إثبات حرمة المناكحة
والمسافرة والخلوة جميعاً كما قالوا فيما إذا كان الرضاع ثابتاً غير مشهور لا تحل المناكحة ولا
الخلوة والمسافرة للاحتياط اهـ كلامه. وفي الخلاصة: قيل لرجل ما فعلت بأمرأتك؟ قال:
جامعتها ثبتت الحرمة ولا يصدق أنه كذب وإن كانوا هازلين، والإصرار ليس بشرط في
الإقرار لحرمة المصاهرة اهـ. وهذا عند القاضي، وأما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان كاذباً
فيما أقر لم تثبت الحرمة كما في التجنيس، وإذا أقره بجماع أمها قبل الزوج لا يصدق في
حقها فيجب كمال المهر المسمى إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله كما في التجنيس

قوله: (ويحل الخ) يعني إذا لم يكن الأصول منها معاً لما قال في منح الغفار: وكذا أخته أي وكذا
أخت الرجل من الزنا وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه بأن زنى أبوه أو أخوه أو أخته أو ابنه فأولدوا
بنتاً فلإنما تحرم على الأخ والعم الخال والجد. وصورته في هذه المسائل أن يزنى ببكر ويمسكها حتى
تلد بنتاً. كذا قاله الكمال في شرح الهداية قوله: (ولو قال المصنف توجب المحرمة لكان أولى الخ)
قال في النهر: لا يخفى أن الكلام في محرمات النكاح اهـ. يعني فالأولى ما قاله المصنف، ولكن لا

المصاهرة وحرمة تزوج أخت متعدته وأمه وسيدته والمجوسية والوثنية وحل تزوج

أيضاً. فإن قلت: لو قال هذه أُمِّي رضاعاً ثم رجع وتزوجها صح فما الفرق بينهما؟ أجب عنه في التجنيس بأنه في مسألتنا أخبر عن فعله وهو الجماع والخطأ فيه نادر فلم يصدق، وهنا أخبر عن فعل غيره وهو الإرضاع فله الرجوع، والتناقض فيه معفو كالمكاتب إذا ادعى العتق قبل الكتابة والمختلعة إذا دعت الطلاق قبل الخلع يصدقان بإقامة البيئة.

قوله: (وحرمة تزوج أخت معتدته) لأن أثر النكاح قائم فلو جاز تزوج أختها لزم الجمع بين الأختين فلا يجوز. أطلقه فشمّل المعتدة عن طلاق رجعي أو بائن أو عن إعتاق أم ولد خلافاً لهما، أو عن تفريق بعد نكاح فاسدة، وشمّل الأخت نسباً ورضاعاً. وأشار إلى حرمة تزوج محارمها في عدتها مطلقاً كعمتها وخالتها وإلى أن من طلق الأربع لا يجوز له أن يتزوج امرأة قبل انقضاء عدتهن، فإن انقضت عدة الكل معاً جاز له تزوج أربع وإن واحدة فواحدة، وله تزوج أربع سوى أم ولده المعتدة منه بعد عتقها. وإذا أخبر عن مطلقتها أنها أخبرته بانقضاء عدتها فإن كانت المدة لا تحتمل لا يصح نكاح أختها إلا أن يفسره بإسقاط مستبين الخلق وإن احتملت حل نكاح أختها، ولو كذبت المخبر عنها فإن أخبر وهو صحيح وكذبت ثم مات فالمرث للثانية ولو كان طلاق الأولى رجعياً وإن كان مريضاً فللأولى فقط. ولزوج المرتدة اللاحقة بدار الحرب تزوج أختها وأربع سواها قبل عدتها كموتها وعودها مسلمة لا يبطل نكاح أختها لو بعده ولا يمنع منه لو قبله. وفي المعراج: لو كانت إحدى الأربع في دار الحرب فطلقها لا تحل له الخامسة إلا بعد خمس سنين لاحتمال أن تكون حاملاً فيبقى حملها خمس سنين، فلو طلقها بعد خروجها بسنة انتظر أربعاً فإذا كان احتمال الحمل يمنع فهو موجود في دار الإسلام أيضاً اهـ. وهو مشكل قوله: (وأُمته وسيدته) أي وحرمة تزوج أمته وسيدته لأن النكاح ما شرع إلا مثنياً ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة. وظاهر كلامهم أنه يستحق العقوبة بالعقد على أمته لأنه عقد فاسد باشره لغير فائدة لكن في المضمرات: المراد به في أحكام النكاح من ثبوت المهر في ذمة

يخفى أنه لو عبر بالمحرمة لما خرج عما الكلام فيه مع ما فيه من زيادة الفائدة قوله: (وظاهر كلامهم أنه يستحق العقوبة الخ) يخالفه ما في متفرقات البيوع من البزاية: اشترى جارية يتزوجها احتياطاً إن أراد وطأها لأنه إن كانت حرة ارتفعت الحرمة وإن أمة لا يضره النكاح اهـ. تأمل قوله: (لكن في المضمرات الخ) قال في الأشباه بعد نقله: فما وقع لبعض الشافعية من وطء السراري اللاتي يجلبن اليوم من الروم وغيرها حرام إلا أن ينصب في المغانم من يحسن قسمتها فيقسمها من غير حيف ولا ظلم أو يحصل قسمة من محكم أو تزوج بعد العتق بإذن القاضي والعتق والاحتياط اجتنابهن مملوكات وحرائر اهـ. فهذا ورع لاحكم لازم فإن الجارية المجهولة الحال المرجع فيها إلى صاحب اليد إن كانت صغيرة، وإلى إقرارها إن كانت كبيرة، وإن علم حالها فلا إشكال اهـ. قلت: وفي جهاد الدر المختار

المولى وبقاء النكاح بعد الإعتاق ووقوع الطلاق عليها وغير ذلك، أما إذا تزوجها منتزهاً عن وطنها حراماً على سبيل الاحتمال فهو حسن لاحتمال أن تكون حرة أو معتقة الغير أو محلوفاً عليها بعقتها وقد حث الحالف وكثيراً ما يقع لا سيما إن تداولتها الأيدي اهـ. أطلق في أمته فشمل ما لو كان له فيها جزء وكذا في سيدته لو كانت تملك سهماً منه.

قوله: (والمجوسية والوثنية) أي وحرم تزوجهما على المسلم، أما المجوسية فلقوله عليه السلام «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم»^(١) أي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملتهم في إعطاء الأمان بأخذ الجزية منهم. كذا في المغرب. وأما الوثنية فلقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ [البقرة: ٢٢١] والمراد بالمجوس عبدة النار، وذكر الكتابية بعدها دليل على أن المجوس لا كتاب لهم. وقد نقل في المبسوط عن علي رضي الله عنه إباحة نكاح المجوسية بناء على أن لهم كتاباً إلا أن ملكهم واقع أخته ولم ينكر عليه فرفع كتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشيء لأن المنع من نكاحهم لكونهم عبدة النار فهم داخلون في المشركين، فكونهم كان لهم كتاب أولاً لا أثر له وعليه إجماع الأئمة الأربعة كالإجماع على حرمة الوثنية وهي المشركة. وفي غاية البيان: هي التي تعبد الوثن أي الصنم والنص عام يدخل تحته سائر المشركات. وفي فتح القدير: ويدخل في عبدة الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسناها والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية. وفي شرح الوجيز: وكل مذهب يكفر به معتقده فهو يحرم نكاحها لأن اسم المشرك يتناولهم جميعاً اهـ. وينبغي أن من اعتقد مذهباً يكفر به إن كان قبل تقدم الاعتقاد الصحيح فهو مشرك، وإن طراً عليه فهو مرتد كما لا يخفى. وقال الرستغفني: لا تجوز المناكحة بين أهل السنة والاعتزال. وقال الفضل: لا يجوز بين من قال «أنا مؤمن إن شاء الله تعالى» لأنه كافر، ومقتضاه منع مناكحة الشافعية واختلف فيها هكذا، قيل يجوز، وقيل يتزوج بنتهم ولا يزوجه بنته. وعلله في البزاية بقوله تنزيلاً لهم منزلة أهل الكتاب. وقد قدمنا في باب الوتر والنوافل إيضاح هذه المسألة وأن القول بتكفير من قال «أنا مؤمن إن شاء الله» غلط

عن معروضات أبي السعود: وهل يحل وطء الإماء المشتراة من الغزاة الآن حيث وقع الاشتباه في قسمتهم بالوجه المشروع؟ فأجاب: لا توجد في زماننا قسمة شرعية لكن في سنة ثمان وأربعين وتسعمائة وقع التنفيل الكلي فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة اهـ. فليحفظ قوله: (المراد به) أي بنفي تزوج السيد أمته نفيه مع ثبوت الأحكام المذكورة فلا ينافي كونه مستحسناً مع عدم ثبوت الأحكام المذكورة قوله: (وغير ذلك) كعدها عليه خامسة. قال في الشرنبلالية: وكذا ثبوت نسب ولدها وإن

(١) رواه في الموطأ في كتاب الزكاة حديث ٤٣.

ويجب حل كلامهم على من يقول ذلك شاكاً في إيمانه والشافعية لا يقولون به فتجوز المناكحة بين الحنفية والشافعية بلا شبهة. وأما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لأن الحق عدم تكفير أهل القبلة كما قدمنا نقله عن الأئمة في باب الإمامة. وأفاد بحرمة نكاحهما حرمة وطنهما أيضاً بملك اليمين خلافاً لسعيد بن المسيب وجماعة لورود الإطلاق في سبايا العرب كأوطاس وغيرها وهن مشركات، وعامة العلماء منعوا من ذلك للآية، فلما إن يراد بالنكاح الوطاء أو كل منه ومن العقد بناء على أنه مشترك في سياق النفي أو خاص في الضم وهو ظاهر في الأمرين ويمكن كون سبايا أوطاس أسلمن. وقيدنا بالمسلم لما في الخانية: وتحل المجوسية والوثنية لكل كافر إلا المرتد هـ. يعني يجوز تزوج اليهودي نصرانية أو مجوسية وعكسه جائز لأنهم أهل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلهم.

قوله: (وحل تزوج الكتابية) لقوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ [المائدة: ٥] أي العفاف عن الزنا بياناً للندب لا أن العفة فيهن شرط. وعن ابن عمر أنها لا تحل لأنها مشركة لأنهم يعبدون المسيح وعزيراً، وحل المحصنات في الآية على من أسلم منهن. وللجمهور أن المشرك ليس من أهل الكتاب للعطف في قوله تعالى ﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين﴾ [البينة: ١] والعطف يقتضي المغايرة. وفي قوله تعالى ﴿لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا﴾ [المائدة: ٨٢] وفي التبيين: ثم كل من يعتقد ديناً سماوياً وله كتاب منزل كصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فهو من أهل الكتاب فتجوز مناكحتهم وأكل ذبائحهم خلافاً للشافعي فيما عدا اليهود والنصارى والحجة عليه ما تلونا. وفي فتح القدير: الكتابي من يؤمن بنبي ويقر بكتاب والسامرية من اليهود. أطلق المصنف الكتابية هنا وقيدتها في المستصفي بقوله: قالوا هذا يعني الحل إذا لم يعتقد المسيح إلهاً، أما إذا اعتقده فلا. ويوافقه ما في مبسوط شيخ الإسلام: ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيراً إله، ولا يتزوجوا نساءهم. قيل: وعليه الفتوى ولكن بالنظر إلى الدلائل ينبغي أنه يجوز الأكل والتزوج هـ. وحاصله أن المذهب الإطلاق لما ذكره شمس الأئمة في المبسوط من أن ذبيحة النصراني حلال مطلقاً، سواء قال بثالث ثلاثة أولاً لإطلاق الكتاب هنا والدليل. ورجحه في فتح القدير بأن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقضوا لا كلهم مع أن مطلق لفظ المشرك إذا ذكر في لسان أهل الشرع لا ينصرف إلى أهل الكتاب وإن صح لغة في طائفة أو طوائف لما عهد من إرادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب إلى آخر ما ذكره. وفي معراج الدراية: اختلف العلماء في أن لفظ المشرك يتناول أهل الكتاب، والأصح أن اسم المشرك مطلقاً لا يتناوله للعطف في الآية. ثم المشرك ثلاثة: مشرك ظاهراً وباطناً كعبدة الأوثان، ومشرك باطناً لا ظاهراً كالمنافقين، ومشرك معنى كأهل الكتاب. ففي قوله ﴿سبحانه وتعالى

الكتابية والصابئة والمحرمة ولو محرماً. والأمة ولو كتابية والحرّة على الأمة لا عكسه ولو

عما يشركون﴾ [يونس: ١٨] المراد مطلق الشرك، وكذا في قوله تعالى ﴿إن الله لا يغفر أن يشرك به﴾ [النساء: ١١٦] فيتناول جميع الكفار. وفي قوله ﴿ولا تنحكوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] المراد به المشرك ظاهراً وباطناً وهو الوثني فلا يتناول أهل الكتاب والمنافقين ا هـ. وأطلقه أيضاً فشمّل الكتابية الحرّة والأئمة، وانفق الأئمة الأربعة على حل الحرّة واختلفوا في حل الأمة كما سيأتي. هذا والأولى أن لا يتزوج كتابية ولا يأكل ذبائحهم إلا لضرورة. وفي المحيط: يكره تزوج الكتابية الحرّية لأن الإنسان لا يأمن أن يكون بينهما ولد فينشأ على طبائع أهل الحرب ويتخلق بأخلاقهم فلا يستطيع المسلم قلعه عن تلك العادة ا هـ. والظاهر أنها كراهة تنزيه لأن التحريمية لا بد لها من نهي أو ما في معناه لأنها في رتبة الواجب. وفي الخانية: تزوج الحرّية مكروه فإن خرج بها إلى دار الإسلام بقي النكاح ا هـ. وأشار المصنف إلى أنه يحل وطء الكتابية بملك اليمين وسيأتي أن الكتابية إذا تمجست فإنه ينفسخ نكاحها من المسلم بخلاف اليهودية إذا تنصرت أو عكسه. وذكر الأسبيجاني أن للمسلم منع الذمية إذا تزوجها من الخروج إلى الكنائس والبيع وليس له إجبارها على الغسل من الحيض والجناية. وفي الخانية من فصل الجزية من السير: مسلم له امرأة ذمية ليس له أن يمنعها من شرب الخمر لأن شرب الخمر حلال عندها وله أن يمنعها عن اتخاذ الخمر في المنزل ا هـ. وهو مشكل لأنه وإن كان حلالاً عندها لكن راثحتها تضره فله منعها كمنع المسلمة من أكل الثوم والبصل ولذا قال الكركي في الفيض قبيل باب التيمم: إن المسلم له أن يمنع زوجته الذمية من شرب الخمر كالمسلمة لو أكلت الثوم والبصل وكان زوجها يكره ذلك له أن يمنعها ا هـ. وهذا هو الحق كما لا يخفى.

قوله: (والصابئة) أي وحل تزوجها. أطلقه وقيدته في الهداية بقوله: إن كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب الله لأنهم من أهل الكتاب وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناعتهم لأنهم مشركون، والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل أجاز على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم ا هـ. وصححه أيضاً في غاية البيان وغيره من أنه لا خلاف بينهم في الحقيقة لكن ظاهر الهداية أن منع مناعتهم مقيد بقيدتين: عبادة الكواكب وعدم الكتاب. فلو كانوا يعبدون الكواكب ولهم كتاب تجوز مناعتهم وهو قول بعض المشايخ زعموا أن عبادة الكواكب لا تخرجهم عن كونهم أهل الكتاب، والصحيح أنهم إن كانوا يعبدونها حقيقة فليسوا أهل كتاب، وإن كانوا يعظمونها كتعظيم المسلمين للكعبة فهم

لم يدعه والكل منتف، ولا يخفى ما في عدم عداها خامسة ونحوه من عدم الاحتياط في وقوعه في المحرم.

أهل كتاب كذا في المجتبى. وفي الكشف: إنهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة من صبا إذا خرج من الدين.

قوله: (والمحرمة ولو محرماً) أي حل تزوجها ولو كان الزوج محرماً لحديث الجماعة عن ابن عباس أنه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم. زاد البخاري «وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف» وأما ما رواه يزيد بن الأصم من أنه تزوجها وهو حلال فلم يَقْرُ قُوَّةُ هذا فإنه مما اتفق عليه الستة، وحديث يزيد لم يخرج به البخاري ولا النسائي، وأيضاً لا يقاوم بابن عباس حفظاً وإتقاناً، وقد أطال في فتح القدير في وجوه ترجحه، وذكروا ترجيحه في الأصول من باب البيان في تعارض النفي والإثبات. وأما ما رواه الجماعة إلا البخاري أنه عليه السلام قال «المحرم لا يَنْكح ولا يُنْكَح»^(١) فحملة المشايخ على الوطء في الجملة الأولى فالمنهي الرجل، وعلى التمكين منه في الجملة الثانية فالمنهي المرأة والتذكير باعتبار الشخص وكلمة «لا» فيه جاز أن تكون نافية ودخولها على المسند للغائب جائز عند المحققين وإن كان غيره أكثر، وجاز أن تكون نافية. وفي النهاية والمعراج: إن المعنى الثانية لا يمكن المرأة من نفسه لتطأه كما هو فعل البعض فجعل التذكير على حقيقته وأن المنهي الرجل فيهما، والياء مفتوحة في الجملة الأولى مضمومة في الثانية مع كسر الكاف نفياً للإنكاح، ومن فتح الكاف من الثانية فقد صحف. وجوز في فتح القدير حمل النكاح فيه على العقد ويكون النهي فيه للكرامية جمعاً بين الدلائل، وذلك لأن المحرم في شغل عن مباشرة عقود الأنكحة لأنه يوجب شغل قلبه وهو محمل قوله «ولا يخطب» ولا يلزم كونه عليه السلام باشره لعدم شغل قلبه بخلافنا هـ. وحمل في غاية البيان قوله «ولا يخطب» على النهي عن التماس الوطء توفيقاً بين الأحاديث.

قوله: (والأمة ولو كتابية) أي حل تزوجها خلافاً للشافعي، وأصله التقييد بالوصف والشرط في قوله تعالى ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيما نكح من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥] والخلاف مبني على مسألة أصولية هي أن مفهوم الشرط والوصف هل يكون معتبراً ينتفي الحكم بانتفائه؟ فقال الشافعي: نعم. وقلنا: لا فصار الحل ثابتاً فيها بالعمومات مثل قوله ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء: ٢٥].

قوله: (كمنع المسلمة من أكل الثوم والبصل) مفاده أن له منعها من شرب الدخان المشهور في هذا الزمان حيث كان يضره قوله: (وقيده في الهداية بقوله إن كان الخ) قال في النهر: ما في الهداية

(١) رواه مسلم في كتاب النكاح حديث ٤١ - ٤٥. أبو داود في كتاب المناسك باب ٣٨. الترمذي في كتاب الحج باب ٢٣. النسائي في كتاب المناسك باب ٩١. الموطأ في كتاب الحج حديث ٧٠، ٧٣. أحمد في مسنده (٥٧/١، ٦٤).

[٣] ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] فلذلك جوزنا نكاح الأمة مع طول الحرية ونكاح الأمة الكتابية وتماه في الأصول. وعلى تقدير اعتبار مفهومهما فمقتضاهما عدم الإباحة الثابتة عند وجود القيد المبيح وعدم الإباحة أعم من ثبوت الحرمة أو الكراهة ولا دلالة للأعم على الأخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرية كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة أقل فتعينت فقلنا بها. وبالكراهة صرح في البدائع، كذا في فتح القدير. وقد يقال مقتضاهما عدم الحل لا عدم الإباحة وعدم الحل مدعاه، والظاهر أن الكراهة في كلام البدائع تنزيهية فلم يخرج عن المباح بالكلية وإن كان الترك راجحاً على الفعل. نعم عدم الإباحة أعم من الحرام والمكروه تحريماً، والظاهر من كلام الفقهاء أن المباح عندهم ما أذن الشارع في فعله لا ما استوى فعله وتركه كما هو في الأصول، والخلف لفظي كما عرف في بحث الأمر من البدائع وغيره قوله: (والحرمة على الأمة لا عكسه) أي حل إدخال الحرية على الأمة ولا يحل إدخال الأمة على الحرية المتزوجة بنكاح صحيح للحديث «لا تنكح الأمة على الحرية وتنكح الحرية على الأمة» وهو بإطلاقه حجة على الشافعي في تجويز ذلك للعبد، وعلى مالك في تجويزه برضا الحرية، ولأن للرق أثراً في تنصيف النعمة على ما نقره في الطلاق إن شاء الله تعالى: فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام، وتماه في فتح القدير. وفي المحيط: ولا يجوز نكاح الأمة على الحرية ولا معها ويجوز نكاح الحرية على الأمة ومعها، ولو تزوج أمة بغير إذن مولاهما ولم يدخل بها ثم تزوج حرة ثم أجاز المولى لم يجز لأن نكاح الأمة ارتفع بنكاح الحرية لأن الملك والحل إنما يثبت عند الإجازة فكان للإجازة حكم إنشاء العقد في حق الحكم فيصير متزوجاً أمة على حرة، ولو تزوج ابنتها وهي حرة قبل الإجازة جاز لأن النكاح الموقوف عدم في حق المحل فلا يمنع نكاح غيرها هـ. قيد بالنكاح لأنه يجوز له مراجعة الأمة على الحرية لأن الملك فيها باق. ذكره الزيلعي في الرجعة. وفي المحيط: ولو تزوج أربعاً من الإماء وخمساً من الحرائر في عقد صح نكاح الإماء لأن الزوج بالخمسة باطل فلم يتحقق الجمع فصح نكاح الإماء هـ. قوله: (ولو في عدة الحرية) أي لا يحل إدخال الأمة في عدة الحرية. أطلقه فأفاد أنه لا فرق أن تكون العدة عن طلاق رجعي أو بائن، ولا خلاف في المنع في الأول لأن المطلقة رجعيّاً زوجة، وفي الثاني خلاف قالوا: لا يحرم لأن هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف أن لا يتزوج عليها لم يحث بهذا بخلاف تزوج الأخت في عدة الأخت من طلاق

ليس تقييداً لإطلاق ما في الكتاب بل هو تمهيد لقوله «والخلاف المنقول الخ» قوله: (ويجوز نكاح الحرية على الأمة) كذا في بعض النسخ، وفي بعضها «نكاح المرأة» وفي بعضها «نكاح الأمة» وهو كذلك في النهر.

في عدة الحرة وأربع من الحرائر وإلا ماء فقط للحر وثنتين للعبد وحبل من زنا لا من

بائن فإنه لا يجوز إجماعاً. والفرق لهما أن الممنوع في تلك الجمع وقد وجد وهنا الممنوع الإدخال عليها لتتقيصها إلا الجمع والإدخال للتقيص ليس بموجود في المبانة. وقال الإمام: إنه حرام لأن نكاح الحرة باقي من وجه لبقاء بعض الأحكام فبقي المنع احتياطاً بخلاف اليمين لأن المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها. كذا في الهداية. وظاهره أنه لو حلف لا يتزوج عليها فطلقها رجيعاً ثم تزوج وهي في العدة لا يحنث أيضاً لأنه لا قسم لها كالمبانة. ذكره في البدائع لكن علله في فتح القدير بأن العرف لا يسمى متزوجاً عليها بعد الإبانة وهو يفيد الحنث في الرجعي وهو الظاهر، لأن النكاح قائم فيه من كل وجه. أطلق في الأمة فشمل المدبرة وأم الولد والمكاتبه لأنها كما في الصحاح خلاف الحرة، وقيدنا نكاح الحرة بالصحيح لأن نكاحها الفاسد ولو في العدة والمعتدة عن وطء بشبهة لا يمنع نكاح الأمة لعدم اعتباره.

قوله: (وأربع من الحرائر والإماء) أي وحل تزوج أربع لا أكثر لقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء: ٣] اتفق عليه الأئمة الأربعة وجهور المسلمين، ولا اعتبار بخلاف الروافض، ولا حاجة إلى الإطالة في الرد عليهم. قال القاضي البيضاوي: مثنى وثلاث ورباع معدولة عن أعداد مكررة هي ثنتين ثنتين، وثلاث ثلاث، وأربع أربع، وهي غير منصرفة للعدل والصفة فإنها بنيت صفات وإن كانت أصولها لم تبين لها. وقيل: لتكرار العدل فإنها معدولة باعتبار الصيغة والتكرير منصوبة على الحال من فاعل طاب، ومعناها الإذن لكل ناكح يريد الجمع أن ينكح ما شاء من العدد المذكورين متفقين ومختلفين كقوله: اقتسموا هذه البدرة درهمين درهمين، وثلاثة ثلاثة، ولو أفرد كان المعنى تجويز الجمع بين هذه الأعداد دون التوزيع، ولو ذكرت «أو» لذهب تجويز الاختلاف في العدد ١ هـ. وفي فتح القدير: وحاصل الحال أن حل الواحدة كان معلوماً وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها إلى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك. وإنما كان العدد في الآية مانعاً من الزيادة وإن كان من حيث هو عدد لا يمنعها لوقوعه حالاً قيداً في الإحلال. قيد بالتزوج لأن له التسري بما شاء من الإماء لإطلاق قوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيما نكح﴾ [النساء: ٣] وفي الفتاوى: رجل له أربع نسوة وألف جارية وأراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل يخاف عليه الكفر ١ هـ. ولم أر حكم ما إذا أراد أن يتزوج على امرأته الأخرى فلامه رجل وينبغي أن لا يخاف عليه الكفر لما أن في تزوج الجمع من النساء مشقة شديدة بسبب وجوب العدل بينهما، ولذا قال تعالى ﴿فإن خفتن أن لا تعدلوا فواحدة﴾

قوله: (وينبغي أن لا يخاف عليه الكفر الخ) قال في النهر: الدليل المقتضي للحقوق الإماء مع الزوجات واحد فأنى وقع الفرق بينهما؟ وما فرق به من أن في الجمع بن الحرائر مشقه سبب وجوب العدل بينهما بخلاف الجمع بين السراي فإنه لا قسم بينهما عما لا أثر له مع النص.

[النساء: ٣] بخلاف الجمع من السراري فإنه لا قسم بينهم مع أنهم قالوا: إذا ترك الزوج على امرأته كيلاً يدخل الغم على زوجته التي عنده كان مأجوراً مع أنه لا ينبغي اللوم على شيء من ذلك لقوله تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٥] قوله: (واثنتين للعبد) أي رجل تزوج اثنتين له حرتين كانتا أو أمتين، ولا يجوز أكثر منه في النكاح لإجماع الصحابة، ولأن الرق منصف نعمة وعقوبة. أطلق في العبد فشمّل المدبر والمكاتب، وقيد بالتزوج لأنه لا يحل له التسري ولا أن يسريه مولاه. ولا يملك المكاتب والعبد شيئاً إلا الطلاق. ذكره الأسيجاوي. وحاصله أن الحل منحصر في عقد النكاح وملك اليمين ولم يكن الثاني للعبد لأنه لا يملك وإن ملك فإنحصر حله في عقد النكاح.

قوله (وحبل من زنا لا من غيره) أي وحل تزويج الحبل من الزنا ولا يجوز تزوج الحبل من غير الزنا. أما الأول فهو قولهما. وقال أبو يوسف: هو فاسد قياساً على الثاني وهي الحبل من غيره، فإن تزوجها لا يصح إجماعاً لحرمه الحمل، وهذا الحمل محترم لأنه لا حناية منه ولهذا لم يجر إسقاطه. ولهما أنهما من المحللات بالنص وحرمة الوطء كيلاً لا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني. وعمل الخلاف تزوج غير الزاني، أما تزوج الزاني لها فجائز اتفاقاً وتستحق النفقة عند الكل ويحل وطؤها عند الكل كما في النهاية. وقيد بالتزوج لأن وطأها حرام اتفاقاً للحديث «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستقين ماءه زرع غيره»^(١) فإن قيل: فم الرحم ينسد بالحبل فكيف يكون سقى زرع غيره؟ قلنا: شعره ينبت من ماء الغير. كذا في المعراج. وحكم الدواعي على قولهما كالوطء كما في النهاية. وذكر التمرناشي أنها لا نفقة لها، وقيل لها ذلك والأول أوجه لأن المانع من الوطء من جهتها بخلاف الحيض فإنه سماوي. كذا في فتح القدير. وأطلق في قوله «لا من غيره» فشمّل الحامل من حربي كالمهاجرة والمسبية، وروي عن أبي حنيفة صحة العقد كالحامل من الزنا، وصحح الشارح المنع وهو المعتمد. وفي فتح القدير: إنه ظاهر المذهب. وشمّل أم الولد فلو زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاه حيث يثبت نسب ولدها منه من غير دعوى، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل. كذا في

قوله: (بدليل الأمة الخ) قال المقدسي فيما نقل عنه أقول: الفرق بينهما أن الحمل يخفى أمره

(١) رواه أبو داود في كتاب النكاح باب ٤٤. أحمد في مسنده (٤/ ١٠٨).

الهداية. وظاهره أن المولى اعترف بأن الحمل منه لأنه قال وهي حامل منه فلذا لم يكن تزويجه إياها نفيًا للولد دلالة لأن الصريح بخلافه. فلو لم يعترف به وزوجها وهي حامل ينبغي أن يجوز النكاح ويكون نفيًا دلالة فإن النسب كما ينتفى بالصريح ينتفى بالدلالة بدليل مسألة الأمة جاءت بأولاد ثلاثة فادعى المولى أكبرهم حيث ثبتت نسبه وينتفى نسب غيره بدلالة اقتصاره على البعض كما في فتح القدير.

قوله: (والموطوءة بملك) أي حل تزوج من وطئها المولى بملك يمين لأنها ليست بفراش لمولاهما لأنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوى فلا يلزم الجمع بين الفراشين، وأفاد أنه يحل له وطؤها من غير استبراء وهو قولهما. وقال محمد: لا أحب أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمال الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء. ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل. كذا في الهداية. وذكر في النهاية أنه لا خلاف بينهم في الحاصل فإن أبا حنيفة قال: للزوج أن يطأها بغير استبراء واجب ولم يقل لا يستحب. ومحمد لم يقل أيضاً هو واجب ولكنه قال: لا أحب له أن يطأها هـ. وفيه نظر لأن ما في الهداية من قوله «لا يؤمر به لا استحباباً ولا وجوباً» يأبى هذا الحمل ولم يذكر المصنف استبراء المولى. وفي الهداية: عليه أن يستبرئها صيانة لمائه. وظاهره الوجوب، وحمله في النهاية والمعراج على الاستحباب دون الحتم. وفي الذخيرة: وإذا أراد الرجل أن يزوج أمته من إنسان وقد كان يطؤها بعض مشايخنا قالوا: يستحب له أن يستبرئها بحيضة ثم يزوجه كما لو أراد بيعاً. والصحيح أنه ههنا يجب الاستبراء وإليه مال شمس الأئمة السرخسي هـ. وقد جعل الوجوب في الحاوي الحصري قول محمد. أطلق في الموطوءة بالملك فشمّل أم الولد ما لم تكن حبلى منه كما قدمناه قوله: (أو زنا) أي وحل تزوج الموطوءة بالزنا أي الزانية لو رأى امرأة تزني فتزوجها جاز وللزوج أن يطأها بغير استبراء. وقال محمد: لا أحب له أن يطأها من غير استبراء. وهذا صريح في جواز تزوج الزانية. وأما قوله تعالى ﴿والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين﴾ [النور: ٣] فمنسوخ بقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم﴾ [النساء: ٣] على ما قيل بدليل الحديث أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إن امرأتي لا تدفع يد لأمس فقال عليه السلام: طلقها. فقال: إني أحبها وهي جميلة. فقال عليه السلام: استمتع بها. وفي المجتبى من آخر الحظر والإباحة لا يجب على الزوج تطليق الفاجرة ولا عليها تسريح الفاجر إلا إذا خاف أن لا يقيما حدود الله فلا بأس أن

فربما يكون تزويجها بناء منه على عدمه بل في ذلك الزمان قد يجهل الحكم في ذلك أيضاً اللهم إلا أن يقيد بالظهور والعلم فتأمل.

غيره والموطوءة بملك يمين أو زنا والمضمومة إلى محرمة والمسمى لها وبطل نكاح المتعة

يتفرقا ١ هـ قوله: (والمضمومة إلى محرمة) أي وحل نكاح امرأة محللة ضمت إلى امرأة محرمة كأن عقد على امرأتين إحداهما محرمة أو ذات زوج أو وثنية بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لأن قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد.

قوله: (والمسمى لها) أي جميع المسمى للمحللة المضمومة إلى محرمة عند أبي حنيفة نظراً إلى أن ضم المحرمة في عقد النكاح لغو كضم الجدار لعدم المحلية والانقسام من حكم المساواة في الدخول في العقد، ولم يجبت الحد بوطء المحرمة لأن سقوطه من حكم صورة العقد لا من حكم انعقاده، فليس قوله «بعدم الانقسام» بناء على أن عدم الدخول في العقد منافٍ لقوله «بسقوط الحد» لوجود صورة العقد كما قد توهم كما لا يخفى. وعندهما يقسم على مهر مثليهما كان يكون المسمى ألفاً ومهر مثل المحرمة ألفان والمحللة ألف فيلزم ثلاث مائة وثلاث وثلاثون وثلث درهم للمحللة ويسقط الباقي نظراً إلى أن المسمى قوبل بالبضعين فينقسم عليهما كما لو جمع بين عبيدين فإذا أحدهما مدبر، وكما إذا خاطب امرأتين بالنكاح بألف فأجابت إحداهما دون الأخرى. وأجيب عن الأول بأن المدبر محل في الجملة لكونه مالاً فدخل تحت الانعقاد فانقسم بخلاف المحرمة لعدم المحلية أصلاً. وعن الثاني بأنهما استويا في الدخول تحت الإيجاب للمحلية فانقسم المهر عليهما فترجح قوله على قولهما. وأراد على قوله ما لو دخل بالمحرمة فإن فيه روايتين: في رواية الزيادات يلزمه مهر مثلاً لا يجاوز به حصتها من المسمى ومقتضاه الدخول في العقد وإلا لوجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، وجوابه أن المنع من المجاوزة على ما خصها من المسمى يحصل بمجرد التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بانعقاد العقد عليها ودخولها تحته وذلك موجود في المحرمة. وفي رواية أخرى يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ وهو الأصح كما في المبسوط، ومقتضاه الدخول في العقد وقد قال بعدمه وهو يقتضي أجنبيتها عنه فلا يجب مهر المثل لأنه فرع الدخول في عقد فاسد، وجوابه أن وجوبه بالعدر الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد وأورد على قولهما أيضاً كيف وجب لها حصتها من الألف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد، ثم يجب الحد ولا يجتمع الحد والمهر ولا مخلص إلا يتخصيصهما الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد قوله: (وبطل نكاح المتعة والموقت) وفرق بينهما في النهاية والمعراج بأن يذكر في الموقت لفظ النكاح أو التزويج مع التوقيت، وفي المتعة لفظ «أتمتع بك» أو «أستمتع». وفي العناية بفرق آخر أن الموقت يكون بحضرة الشهود ويذكر فيه مدة معينة

قوله: (وجوابه أن المنع من المجاوزة إلى آخر كلامه) لم يتضح لنا المرام في هذا المقام فعليك بالتأمل والمراجعة قوله: (وفي العناية بفرق آخر) حاصله أن التمتع ما اشتمل على مادة متعة مع عدم

والموقت وله وطء امرأة ادعت عليه أنه تزوجها وقضى بنكاحها ببينة ولم يكن تزوجها.

بخلاف المتعة فإنه لو قال «أتمتع بك» ولم يذكر مدة كان متعة. والتحقيق ما في فتح القدير أن معنى المتعة عقد على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل إما إلى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دام معها إلى أن ينصرف عنها فيدخل فيه بمادة المتعة والنكاح الموقت أيضاً فيكون من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود إلى آخر ما ذكره. وقد نقل في الهداية إجماع الصحابة على حرمة وأنها كانت مباحة ثم نسخت. وفي صحيح مسلم عنه ﷺ «كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة»^(١) والأحاديث في ذلك كثيرة شهيرة، وما نقل عن ابن عباس من إباحتها فقد صح رجوعه. وما في الهداية من نسبته إلى مالك فغلط كما ذكره الشارحون، فحينئذ كان زفر القائل بإباحة الموقت محجوجاً بالإجماع لما علمت أن الموقت من أفراد المتعة. قالوا: ثلاثة أشياء نسخت مرتين: المتعة ولحوم الحمر الأهلية والتوجه إلى بيت المقدس. أطلق في الموقت فشمّل المدة الطويلة أيضاً كأن يتزوجها إلى مائتي سنة وهو ظاهر المذهب وهو الصحيح كما في المعراج، لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة. وشمّل المدة المجهولة أيضاً. وقيد بالموقت لأنه لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر، فإنه جائز لأن اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبداً وبطل الشرط. كما في القنية. ولو تزوجها وفي نيته أن يقعد معها مدة نواها فالنكاح صحيح لأن التوقيت إنما يكون باللفظ. قالوا: ولا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها ليقعد معها نهائياً دون الليل. وينبغي أن لا يكون هذا الشرط لازماً عليها ولها أن تطلب المبيت عندها ليلاً لما عرف في باب القسم.

قوله: (وله وطء امرأة ادعت أنه تزوجها وقضى بنكاحها ببينة ولم يكن تزوجها) وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: ليس له وطؤها لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار. ولأبي حنيفة أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر، فإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح نفذ قطعاً للمنازعة بخلاف الأملاك المرسلة لأن في

اشتراط الشهود وتعيين المدة وفي الموقت الشهود وتعيين المدة. قال في الفتح: ولا شك أنه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي أباحه ﷺ ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بأن المتحقق ليس إلا أنه أذن لهم في المتعة، وليس معنى هذا أن من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه أن يخاطبها بلفظ التمتع ونحوه لما عرف من أن اللفظ إنما يطلق ويراد

(١) رواه مسلم في كتاب النكاح حديث ٢٢. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ٤٤. الدارمي في كتاب

الأسباب تزاحماً فلا إمكان، وهذه المسألة فرد من أفراد المسألة الآتية في كتاب القضاء وهي أن القضاء ينفذ بشهادة الزور ظاهراً وباطناً في العقود والفسوخ، وكما يجوز له وطؤها يجوز لها تمكينه منه. وكذا لو ادعى عليها النكاح فحكمه كذلك، وكذا لو قضى بالطلاق بشهادة الزور مع علمها حل لها التزوج بآخر بعد العدة وحل للشاهد تزوجها وحرمت على الأول. وعند أبي يوسف: لا تحل للأول ولا للثاني، وعند محمد تحل للأول ما لم يدخل بها الثاني، فإذا دخل بها حرمت عليه لوجوب العدة كالمنكوحة. إذا وطئت بشبهة. وأشار بقوله «وقضى بنكاحها» إلى اشتراط أن تكون محلاً للإنشاء حتى لو كانت ذات زوج أو في عدة غيره أو مطلقه منه ثلاثاً لا ينفذ قضاؤه لأنه لا يقدر على الإنشاء في هذه الحالة. واختلفوا في اشتراط حضور الشهود عند قوله «قضيت» فشرطه جماعة للنفاذ باطناً عنده، وذكر المصنف في الكافي أنه أخذ به عامة المشايخ، وقيل لا يشترط لأن العقد ثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن وما ثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله «أعتق عبدك عني بألف». وذكر في فتح القدير أن الأوجه عدم الاشتراط ويدل عليه إطلاق المتون. وذكر الفقيه أبو الليث أن الفتوى على قولهما في أصل المسألة أعني عدم النفاذ باطناً فيما ذكر. وفي فتح القدير والنهاية: وقول أبي حنيفة أوجه، وقد استدلل له بدلالة الإجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذباً وبرهن فقصى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وإن كان فيه إتلاف ماله فإنه ابتلي بأمرين فعليه أن يختار أهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه اهـ. ولا يخفى أنه لا يلزم من القول بحل الوطء عدم إثمه فإنه أثم بسبب إقدامه على الدعوى الباطلة وإن كان لا إثم عليه بسبب الوطء، والحق في الهداية بالعقود والفسوخ والعتق والنسب، وقد وقعت لطيفة هي أن بعض المغاربة بحث مع الأكمل بأنه يمكن قطع المنازعة بالطلاق. فأجابه الأكمل ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع أو غيره لا عبرة بغيره والمشروع يستلزم المطلوب إذ لا يتحقق إلا في نكاح صحيح وتعقبه تلميذه عمر قارئ الهداية بأنه جواب غير صحيح لأن له أن يريد غير المشروع ليكون طريقاً إلى قطع المنازعة وإن لم يكن في نفسه صحيحاً. وتعقبهما تلميذه ابن الهمام بأن الحق

معناه، فإذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا أتمتع بك بل أوجدوا معنى هذا اللفظ، ومعناه المشهور أن يوجد عقداً على امرأة إلى آخر ما يأتي قوله: (فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت أيضاً) قلت: مما يؤيد هذا التحقيق ما في الخاتية: ولو قال تزوجتك شهراً فرضيت عندنا يكون متعة ولا يكون نكاحاً، وقال زفر رحمه الله: يصح النكاح ويبطل الشرط قوله: (وذكر المصنف في الكافي أنه أخذ به عامة المشايخ) ذكر المؤلف في كتاب القاضي إلى القاضي أنه المعتمد قوله: (مع أنه يمكنه التخلص بالعتق) قد يقال إن العتق فرع عن ثبوت الملك فإن كان ثابتاً فلا حاجة إلى العتق وإلا فلا يجدي نفعاً تأمل قوله: (ولا يخفى إنه لا يلزم النكاح) راجع لأصل المسألة لا لما في الفتح.

باب الأولياء والأكفاء

نفذ نكاح حرة مكلفة بلاولى ولا تجبر بكر بالغة على النكاح فإن استأذنها الولي

التفصيل وهو أن الطلاق المذكور يصلح سبباً لقطع المنازعة إن كانت هي المدعية إذا يمكنه ذلك، وأما إذا كان هو المدعي فلا يمكنها التخلص منه فلم يكن لقطع المنازعة سبب إلا النفاذ باطناً أن الحكم أعم من دعواها أو دعواه، ولذا صرح المصنف إذا كانت هي المدعية ليفيد أنه يحل له وطؤها وإن أمكنه طلاقها ليفيد أنه لا عبرة بالطلاق كما هو المذهب والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

باب الأولياء والأكفاء

شروع في بيان ما ليس بشرط لصحة النكاح عندنا وهو الولي. وله معنى لغوي وفقهي وأصولي. فالولي في اللغة خلاف العدو، والولاية بالكسر السلطان والولاية النصر. وقال سيبويه: الولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا. كذا في الصحاح. وفي الفقه: البالغ العاقل الوارث، فخرج الصبي والمعتوه والكافر على المسلمة. وفي أصول الدين هو العارف بالله تعالى وبأسمائه وصفاته حسبما يمكن، المواظب على الطاعات، المجتنب عن المعاصي، الغير المنهمك في الشهوات واللذات كما في شرح العقائد، والولاية في الفقه تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وهي في النكاح نوعان: ولاية نذب واستحباب وهي الولاية على العاقلة البالغة بكرأ كانت أو ثيبأ، وولاية إجبار وهي الولاية على الصغيرة بكرأ كانت أو ثيبأ، وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة. وثبتت الولاية بأسباب أربعة: بالقرابة والملك والولاء والإمامة. والأكفاء جمع كفاء وهو النظير كما في المغرب وسيأتي بيانه.

قوله: (نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولي) لأنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله

قوله: (ولذا صرح المصنف الخ) قال في الرمز أقول: في توجيه ذلك وجه وجيه وهو أن الطلاق تعلق به لزوم المهر فإذا شهدوا عليه بمهر كثير وعلق أكثره أو كله بالطلاق بأن كان لها رغبة في الإقامة معه كان له مانع من الطلاق قوي لا سيما إذا كان فقيراً جداً له وحاصله أن الطلاق قد لا يكون طريقاً إلى قطع المنازعة وإن كانت هي المدعية.

باب الأولياء والأكفاء

قوله: (وفي الفقه البالغ العاقل الوارث) اعترضه الرملي بأن ذكر الوارث مما لا ينبغي فإن الحاكم ولي وليس بوارث.

لكونها عاقلة بالغة، ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج. وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة، ولذا كان المستحب في حقها تفويض الأمر إليه. والأصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه على نفسه، وكل من لا يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه لا يجوز نكاحه على نفسه. ويدل عليه قوله تعالى ﴿حتى تنكح﴾ [البقرة: ٢٣٠] أضاف النكاح إليها. ومن السنة حديث مسلم «الأيّم أحق بنفسها من وليها»^(١) وهي من لا زوج لها بكرّاً كانت أو ثيباً. فأفاد أن فيه حقين: حقه وهو مباشرته عقد النكاح برضاها وقد جعلها أحق منه ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه، وأما ما رواه الترمذي وحسنه «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»^(٢) وما رواه أبو داود «لا نكاح إلا بولي»^(٣) فضيعفان أو مختلف في صحتهما فلن يعارضهما المتفق على صحته، أو الأول محمول على الأمة والصغيرة والمعتوهة أو على غير الكفاء، والثاني محمول على نفي الكمال، أو هي ولية نفسها. وفائدته نفي نكاح من لا ولاية له كالكاfer للمسلمة والمعتوهة والأمة، كل ذلك لدفع التعارض مع أن الحديث الأول حجة على من لم يعتبر عبارة النساء في النكاح فإن مفهومه أنها إذا نكحت بإذن وليها فنكاحها صحيح وهم لا يقولون به. وأما قوله تعالى ﴿ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ [البقرة: ٢٣٢] فالمراد بالعضل المنع حساً بأن يجبسها في بيت ويمنعها من أن تتزوج كما في المبسوط إن كان نهيّاً للأولياء لا المنع عن العقد بدليل أن «ينكحن» حيث أضاف العقد إليهن وإن كان نهيّاً للأزواج المطلقين عن المنع عن التزوج بعد العدة كما في المعراج بدليل أنه قال في أول الآية ﴿وإذا طلقتم النساء﴾ [البقرة: ٢٣٢] فلم يكن حجة أصلاً. قيده بالحرّة احترازاً عن الأمة والمديرة والمكاتبة وأم الولد فإنه لا يجوز نكاحهن إلا بإذن المولى. وقيده بالملكفة احترازاً عن الصغيرة والمجنونة فإنه لا ينعقد نكاحهما إلا بالولي. وأطلقها فشمّل البكر والثيب، وأطلق فشمّل الكفاء وغيره. وهذا ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه لكن للولي الاعتراض في غير الكفاء، وما روي

قوله: (وينبغي أن لا يكفي الخ) نقله عنه في النهر وأقره. وقال الرمي: سيأتي في شرح قوله «وإن استأذنها الخ» نقلاً عن الظهيرية. وهذا كله إذا لم تفوض الأمر إليه، أما إذا فوضت بأن قالت

(١) رواه أبو داود في كتاب النكاح باب ٢٥. الترمذي في كتاب النكاح باب ١٨. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ١١. الموطأ في كتاب النكاح حديث ٤. أحمد في مسنده (٢١٩/١، ٢٤٢، ٢٦١).

(٢) رواه أبو داود في كتاب النكاح باب ١٩. الترمذي في كتاب النكاح باب ١٤. الدارمي في كتاب النكاح باب ١١. أحمد في مسنده (١٦٦/٦).

(٣) رواه البخاري في كتاب النكاح باب ٣٦. أبو داود في كتاب النكاح باب ١٩. الترمذي في كتاب النكاح باب ١٤. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ١٥. أحمد في مسنده (٢٥٠/١) (٣٩٤/٤).

عنهما بخلافه فقد صح رجوعهما إليه . وروى الحسن عن الإمام أنه إن كان الزوج كفتاً نفذ نكاحها وإلا فلم ينعقد أصلاً . وفي المعراج معزياً إلى قاضيخان وغيره : والمختار للفتوى في زماننا رواية الحسن . وفي الكافي والذخيرة : ويقوله أخذ كثير من المشايخ لأنه ليس كل قاضٍ يعدل ولا كل ولي يحسن المرافعة ، والجثوبين يدي القاضي مذلة . فسد الباب بالقول بعدم الانعقاد أصلاً . قال صدر الإسلام : لو زوجت المطلقة ثلاثاً نفسها من غير كفاء ودخل بها الزوج ثم طلقها لا تحل للزوج الأول على ما هو المختار . وفي الحقائق : هذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه . وفي فتح القدير : فإن المحلل في الغالب يكون غير كفاء ، وأما لو باشر الولي عقد المحلل فإنها تحل للأول اهـ . وسيأتي في الكفاءة أن كثيراً من المشايخ أفتوا بظاهر الرواية . وهذا كله إذا كان لها أولياء ، أما إذا لم يكن لها ولي فهو صحيح مطلقاً اتفاقاً . ولا يخفى أنه لا يشترط مباشرة الولي للعقد لأن رضاه بالزوج كافٍ لكن لو قال الولي رضيت بتزوجها من غير كفاء ولم يعلم بالزوج عيناً هل يكفي صارت حادثة للفتوى ، وينبغي أن لا يكفي لأن الرضا بالمجهول لا يصح كما ذكره قاضيخان في فتاواه في مسألة ما إذا استأذنها الولي ولم يسم الزوج فقال : لأن الرضا بالمجهول لا يتحقق . ولم أره منقولاً صريحاً وسيأتي تمامه في الكفاءة إن شاء الله تعالى .

قوله : (ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) أي لا ينفذ عقد الولي عليها بغير رضاها عندنا خلافاً للشافعي . له الاعتبار بالصغيرة وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها . ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال ، وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة فيبرأ الزوج بالدفع إليه ولهذا لا يملك مع نهيها . والجد كالأب كما في الخانية ، وزاد في جوامع الفقه القاضي وجعله كالأب . وفي المبسوط بخلاف سائر الأولياء ليس لهم حق قبض مهرها بدون أمرها لأنه معبر ، وكما لا تتوجه المطالبة عليه بتسليم المعقود عليه لا يكون إليه قبض البدل وبخلاف سائر الديون فإن لأب لا يملك قبضها كما في المحتبى . وهذا كله إذا قبض الأب المسمى .

أنا راضية بما تفعله أنت بعد قوله إن أقوامك يخطوبنك أو زوجني ممن تختاره ونحوه فهو استئذان صحيح اهـ . فيه يعلم أنه في التفويض لا يشترط العلم بالزوج ، ومقتضاه أن الولي لو قال أنا راض بما نفعلين أو زوجي نفسك ممن تختارين ونحوه أنه يكفي وهو ظاهر إذ قد فوض الأمر إليها تفعل ما شئت ، ولأنه من باب الإسقاط فيصح وكلام الظهيرية كالصريح فيه قوله : (لا تساوي المهر) قال الرملي : قيد به لأنها لو ساوته جاز لأنه شراء الأب للابن بمثل القيمة قوله : (والقاضي كالأب إلا إذا زفت) قال الرملي : أي بالزفاف إلى الزوج تنقطع ولاية القاضي عن قبض المهر واسترداد الصغيرة

يبطل تزويج الأبعد بعود الأقرب لأنه عقد صدر عن ولاية تامة، فالضمير في «لا يبطل» عائد إلى التزويج. وما في التبيين من عوده إلى ولاية الأبعد فبعيد عن النظم والمعنى لأن ولايته تبطل بعود الأقرب في المستقبل فالأحسن ما قلنا.

قوله: (وولي المجنونة الابن لا الأب) أي في النكاح. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: أبوها لأنه أوفر شفقة من الابن. ولهما: أن الابن هم المقدم في العسوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزياد الشفقة كأبي الأم مع بعض العصابات. وأخذ الطحاوي بقول محمد كما في غاية البيان. والتقييد بالمجنونة اتفاقي لأن الحكم في المجنون إذا كان له أب وابن كذلك، والأفضل أن يأمر الابن الأب بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف. ذكره الأسبجاني. وحكم ابن الابن وإن سفل كالابن في تقديمه على الأب كما في الخانية. وأطلق في المجنون فشمّل الأصلي والعارض خلافاً لزفر في الثاني، وقيدنا بالنكاح لأن التصرف في المال للأب بالاتفاق كما في تهذيب القلانسي، وقد قدمنا حكم الصلاة في

فالتفضيل على بابه وإلا ناقضة ما مر المفيد ولاية القاضي إجماعاً ويدل عليه ذكر صاحب الفيض كلام الخلاصة بعد قوله إن تزويجه هنا نيابة عن العاضل بإذن الشرع لا بغيره فهو نص في أن المراد بالأبعد القاضي، وما ذكره في البحر ورد به على السروجي لو نظر إلى ما مر ما وسعه أن يقوله بل صار كالتناقض حيث ذكر بعده بنحو سطر ما يخالفه. اهـ. ملخصاً. ومن رام الزيادة فليرجع إلى تلك الرسالة فإن فيها زيادة تحقيق. ويمكن أن يجاب بحمل ما في الخلاصة على ❶ إذا لم يكن قاضٍ هذا، وما في المنح من نقله عن قاضيخان أنه ما دام للصغير قريب فالقاضي ليس بولي في قول أبي حنيفة وعند صاحبيه ما دام عصبه اهـ. قال المرحوم حامد أفندي العمادي في فتاواه: إن قاضيخان ذكر هذه العبارة في تعداد الأولياء لا في مسألة العضل ففي نقل المنح لها في هذا المحل تسامح اهـ. أي أن ما في الخانية بيان لرتبة ولاية القاضي وأنها مؤخرة عن العصابات وذوي الأرحام، وعندهما عن العصابات فقط، وقد علمت أن تزويج القاضي عند عضل الأقرب ليس بطريق الولاية بل بطريق النيابة ولذا يثبت له وإن لم يكن في منشوره والله أعلم قوله (وهو الظاهر ولم أره صريحاً) قال الرملي: هذا الظاهر غير ظاهر إذ الولاية بالعضل نيابة إنما انتقلت للقاضي لدفع الإضرار بها ولا يوجد مع إرادة التزويج بكفاء غيره تأمل اهـ. قلت: فيه إنه قد يريد أن يزوجه من كفاء آخر لا تحبه ولا ترضى به فإذا امتنع من تزويجها ممن ترضى به يلزم منعها عن التزوج أصلاً، وقد يقال: إن الكلام في الصغيرة ولا عبرة برضاها وعدمه بل ينبغي التفصيل بأن يقال: إن كان الكفاء الآخر حاضراً وامتنع الأب من تزويجها من الأول وأراد تزويجها من الثاني لا يكون عاضلاً لأن شفقتة دليل على أنه اختار لها الأنفع، أما لو حضر كفاء وامتنع من تزويجها له وأراد انتظار كفاء آخر فهو عاضل لأنه متى حضر الكفاء لا ينتظر غيره خوفاً من فوته ولذا تنقل الولاية إلى الأبعد إذا غاب الأقرب كما مر والله أعلم.

الأبعد إذا كان الأقرب بالمدينة مختفياً. وأشار المصنف بعدم ذكر سلب ولاية الأقرب إلى أنها باقية مع الغيبة حتى لو زوجها الأقرب حيث هو اختلفوا فيه، والظاهر هو الجواز. كذا في الخانية والظهيرية. ولو زوجا معاً أو لا يدري السابق من اللاحق فهو باطل. كذا ذكره الأسبجاي. وقيد بالغيبة لأن الأقرب إذا عضلها يثبت للأبعد ولاية التزويج بالإجماع. كذا في الخلاصة. وبه اندفع ما ذكره السروجي من أنه تثبت للقاضي: وقيد بالتزويج لأنه ليس للأبعد التصرف في المال وهو للأقرب لأن رأيه متفجع به في مالها بأن ينقل إليه ليتصرف في مالها. كذا في المحيط. قالوا: وإذا خطبها كفاء وعضلها الولي تثبت الولاية للقاضي نيابة عن العاضل فله التزويج وإن لم يكن في منشوره لكن ما المراد بالعضل؟ فيحتمل أن يمتنع من تزويجها مطلقاً، ويحتمل أن يكون أعم من الأول ومن أن يمتنع من تزويجها من هذا الخاطب الكفاء لزوجها من كفاء غيره وهو الظاهر ولم أره صريحاً قوله: (ولا يبطل بعوده) أي لا

الخاطب حضوره أو خيره المجوز للنكاح أو غير المجوز، فلو انتظره الخاطب لم ينكح الأبعد إلى آخره. وهذا ظاهر في أن المراد العين قوله: (وإذا خطبها كفاء وعضلها الولي تثبت الولاية للقاضي) قال الرملي: تقدم الإجماع على أنها تنتقل إلى الأبعد فيحمل ما هنا على من ليس ولي أبعد أ هـ. ويؤيده قول المؤلف «وبه اندفع ما ذكره السروجي الخ» لكن للشرنبلالي رسالة سماها «كشف المعضل فيمن عضل» حقق فيها عكس ما فهمه المؤلف والرملي وأيده بالنقول فلا بأس بإيراد حاصلها هنا فنقول: قال ابن الشحنة عن الغاية عن روضة الناطقي إن كان للصغيرة أب امتنع عن تزويجها لا تنتقل الولاية إلى الجد أ هـ. ونقله أيضاً عن أنفع الوسائل عن المنتقى ونصه: إذا كان للصغيرة أب امتنع عن تزويجها لا تنتقل الولاية إلى الجد بل يزوجه القاضي أ هـ. وكذا نقل المقدسي عن الغاية أنه ثبت للقاضي نيابة عن العاضل فله التزويج وإن لم يكن في منشوره، وكذا نقل في النهر عن المحيط أنها تنتقل إلى الحاكم ونص في الفيض بما مر عن المنتقى. وقال الزيلعي عند قوله «وللأبعد التزويج بغيبة الأقرب»: وقال الشافعي: بل يزوجه الحاكم اعتباراً بعضله. وقال في البدائع: والشافعي يقول إن ولاية الأقرب باقية كما قال زفر إلا أنه امتنع دفع حاجتها من قبل الأقرب مع قيام ولايته عليها بسبب الغيبة فتثبت الولاية للسلطان كما إذا خطبها كفاء وامتنع الولي من تزويجها منه للقاضي أن يزوجه، والجامع دفع الضرر عنها ثم قال في تقرير دليلنا: وبه تبين أن نقل الولاية إلى السلطان أي حال غيبة الأقرب باطل لأن السلطان ولي من لا ولي له وههنا لها ولي أو وليان فلا تثبت الولاية للسلطان إلا عند العضل من الولي ولم يوجد أ هـ. وقال في التسهيل: وليس هذا كالعضل فإنه ثمة صار ظالماً بالامتناع فقام السلطان مقامه في دفع الظلم والأقرب غير ظالم في سفره خصوصاً الحج أ هـ. ونحوه في شرح المجمع الملكي.

فهذه النقول تفيد الاتفاق عندنا على ثبوتها بعضل الأقرب للقاضي فقط، وأما ما في الخلاصة والبرزازية من أنها تنتقل إلى الأبعد بعضل الأقرب إجماعاً فالمراد بالأبعد القاضي لأنه آخر الأولياء

التزويج بغيبة الأقرب مسافة القصر ولا يبطل بعوده وولي المجنونة الابن لا الأب.

لأنه ليس بوصي وإنما هو وكيل، وإن كان بعد موته فقد بطلت الوكالة بموته وانقطعت ولايته فانتقلت الولاية للحاكم عند عدم قريب. وفي الظهيرية: ومن يعول صغيراً أو صغيرة لا يملك تزويجهما.

قوله: (وللأبعد التزويج بغيبة الأقرب مسافة القصر) أي ثلاثة أيام فصاعداً لأن هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففوضناه إلى الأبعد وهو مقدم على الحاكم كما إذا مات الأقرب. واختلف في حد الغيبة فذهب أكثر المتأخرين إلى أنها مقدرة بمسافة القصر لأنه ليس لأقصاها غاية فاعتبر بأدنى مدة السفر، واختاره المصنف وعليه الفتوى كما في التبيين. واختار أكثر المشايخ كما في النهاية أنها مقدرة بفوت الكفء الخاطب باستطلاع رأيه، وصححه ابن الفضل، وفي الهداية: وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذ. وفي المجتبى والمبسوط والذخيرة: وهو الأصح. وفي الخلاصة: وبه كان يفتي الشيخ الإمام الأستاذ. وفي فتح القدير: ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ أ هـ. وهنا أقوال آخر لكنها ضعيفة. والحاصل أن التصحيح قد اختلف والأحسن الإفتاء بما عليه أكثر المشايخ، وعليه فرع قاضيخان في شرحه أنه لو كان مختفياً بالمدينة بحيث لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة، وهذا حسن لأنه النظر. ويتفرع على ما في المختصر أنه لا يزوج

الصغيرة سواء أوصى إليه الأب بالنكاح أو لم يوص إلا إذا كان الوصي ولياً، وحينئذ يملك الإنكاح بحكم الولاية أ هـ. وفي المحيط: روى هشام في نوادره عن أبي حنيفة أن للوصي ولاية التزويج ولا يشترط على هذه الرواية أن يوصي إليه بذلك، فما في الفتح من أن الوصي لا يملك ذلك وإن أوصى إليه به موافق لظاهر الرواية، وقوله «إلا إذا كان عين الموصى رجلاً» موافق لا طلاق رواية هشام فإنه على هذه الرواية إذا كان يملك ذلك وإن لم يعين الموصى أحداً ففيما إذا عين ذلك أولى، فما في الفتح ملفق من القولين، وما في الذخيرة هو المذهب قوله: (والأحسن الإفتاء بما عليه أكثر المشايخ) أي من تقدير الغيبة بمدة يفوت فيها الكفء الخاطب. وقال في الفتح: إنه الأشبه بالفقه أ هـ. وتقدم ترجيحه عن الهداية ومشى عليه في المنتقى والاختيار والنقاية. قلت: وهل المراد بالخاطب خاطب مخصوص وهو الخاطب بالفعل، أو جنس الخاطب؟ والمتبادر الأول حتى لو كان الخاطب بالشام والولي بمصر فإن رضي الخاطب أن ينتظر إلى استئذان الولي الأقرب لم يصح للأبعد العقد وإلا فلا، لكن ما فرعه قاضيخان يفيد أن المراد، جنس الخاطب بناء على العادة من عدم انتظار المختفي إذ لو كان المراد الخاطب بالفعل لكان الأمر متوقفاً على سؤاله، وأنه هل ينتظر أو لا، فلعله ينتظر أياماً رجاء ظهوره، فإطلاق الجواب في عدد ذلك غيبة منقطعة يفيد أنه ليس المراد خاطباً مخصوصاً إلا أن يكون بناء على الغالب من أنه مع الاختفاء لا ينتظر لعدم العلم بمدته. وفي القهستاني: واختلفوا في مقداره؛ فقال الفضلي والسرخسي وغيرهما إن مدتها ما لم ينتظر الكفء

قال: والإلحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغني عن جعل فعله حكماً مع انتفاء شرطه أ هـ. وفي الفوائد الناجية معزياً إلى فتاوى سمرقند: سئل القاضي بديع الدين عن صغيرة زوجت نفسها ولا ولي لها ولا قاضي في ذلك الموضع قال: يتوقف وينفذ بإجازتها بعد بلوغها أ هـ. مع أنهم قالوا: كل عقد لا مجيز له حال صدوره فهو باطل لا يتوقف، ولعل التوقف فيه باعتبار أن مجيزه السلطان كما لا يخفى. وفي النوازل والذخيرة: امرأة جاءت إلى قاضٍ فقالت له أريد أن أتزوج ولا ولي لي فللقاضي أن يأذن لها في النكاح كما لو علم أن لها ولياً. وما نقل فيه من إقامتها البينة خلاف المشهور، وما نقل من قول إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة يقول لها القاضي إن لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل ولا معتدة فقد أذنت لك، فالظاهر أن الشرطين الأولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفء، وأما الشرط الثالث فمعلوم الاشتراط. كذا في فتح القدير. والظاهر أن الشرطين الأولين إنما هو عند كذبها بأن كان لها ولي، أما إن كانت صادقة في عدم الولي فليسا بشرطين على جميع الروايات. وأشار المصنف إلى أن وصي الصغير والصغيرة إذا لم يكن قريباً ولا حاكماً فإنه ليس له ولاية التزويج، سواء كان أوصى إليه الأب في ذلك أو لم يوص. وروى هشام عن أبي حنيفة إن أوصى إليه الأب جاز له. كذا في الخانية والظهيرية. وبه علم أن ما في التبيين من أنه ليس له ذلك إلا أن يفوض إليه الموصي ذلك رواية هشام وهي ضعيفة، واستثنى في فتح القدير ما إذا كان الموصي عين رجلاً في حياته للتزويج فيزوجها الوصي كما لو وكل في حياته بتزويجها أ هـ. وفيه نظر لأنه إن زوجها من المعين قبل موت الموصي فليس الكلام فيه

بينهم ولا أقضي على الوارث والصغير لأن قسمة القاضي قضاء منه وحيث على ذلك نص الإمام لم يبق للبحث فيه مجال. فإن قلت: فماذا تفعل فيما اتفقت كلمتهم عليه من أن شرط نفاذ القضاء في المجتهدات أن يصير الحكم حادثة تجري فيه خصومة صحيحة عند القاضي من خصم على خصم؟ قلت: الظاهر أنه محمول على الحكم القولي، أما الفعلي فلا يشترط فيه ذلك توفيقاً بين كلامهم قوله: (باعتبار أن مجيزه السلطان) أي أو القاضي المشروط له تزويج الصغار والصغائر لأنه نائبه. قال الرملي: وفيه أن فرض المسألة حيث لا قاضي تأمل. قلت: وينبغي أن يقيد بأن لا يكون ذلك في دار الحرب ويرد عليه ما إذا تزوج صغيرة لا ولي لها فمقتضاه التوقف لأن له مجيزاً وهو السلطان، ثم رأيت منقولاً عن الغاية عند قول الهداية «كل عقد صدر عن الفضولي وله مجيز انعقد موقوفاً» إنما قيد بقوله «وله مجيز» لأنه إذا لم يكن كما إذا زوج الفضولي يتيمة لا يتوقف العقد، لا يقال السلطان أو القاضي مجيز فينبغي أن يوقف لأننا نقول: يمكن فرض المسألة في موضع لا قاضي فيه كدار الحرب مثلاً. أ هـ تأمل قوله: (والظاهر أن الشرطين الأولين النخ) قال في النهر: هذا مما لا حاجة إليه إذ الحمل لا يتأتى وجوده إلا على فرض كذبها لأن الخلاف إنما هو مع وجود الولي لا مع عدمه كما مر والله تعالى الموفق قوله: (وفيه نظر لأنه إن زوجها النخ) قال في النهر: وأقول في الذخيرة: لا ولاية له في إنكاح

منشوره ذلك فإنه قال: ثم السلطان ثم القاضي ونوابه إذا اشترط في عهده تزويج الصغار والصغائر وإلا فلا ١ هـ. بناء على هذا الشرط إنما هو في حق القاضي دون نوابه، ويحتمل أن يكون شرطاً فيهما، فإذا كتب في منشور قاضي القضاة فإن كان ذلك في عهد نائبه منه ملكه النائب وإلا فلا، ولم أر فيه منقولاً صريحاً. وفي الظهيرية: فإن زوجها القاضي ولم يأذن له السلطان ثم أذن له بذلك فأجاز القاضي ذلك جاز استحساناً، وفي غاية البيان: ولو زوج القاضي الصغيرة من ابنه كان باطلاً. وكذا إذا باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لأنه حكم وحكمه لنفسه لا يجوز، ولو اشترى من وصي اليتيم يجوز وإن كان القاضي أقامه وصياً لأنه نائب عن الميت لا عن القاضي ١ هـ. وعلمه في فتح القدير بأنه كالوكيل لا يجوز عقده لابنه

تفويض الأصل للنائب كما توهمه في البحر ١ هـ. قال الرمي أقول: كيف لا يفيد مع إطلاقه في نوابه والمطلق يجري على إطلاقه، ووجهه أنه لما فوض لهم ماله ولايته التي من جعلها تزويج الصغار والصغائر صار ذلك من جملة ما فوض إليهم، وقد تقرر أنهم نواب السلطان حيث أذن له بالاستئابة عنه فيما فوضه إليه. وقد قال في الخلاصة والبرزازية: ولا ولاية للقاضي إلا إذا كان ولياً قريباً ١ هـ. وهو محمول على ما إذا كان في عهده ومنشوره. وأقول: حيث قلنا بأنه ولي لوجود ذلك يدخل في المجيز الذي يتوقف نكاح الفضولي على إجازته حيث لا ولي غيره وهي واقعة الفتوى تأمل ١ هـ. قلت: وقد ذكر المسألة الطرسوسي في أنفع الوسائل حيث قال: الظاهر أن النائب الذي لم ينص له القاضي على تزويج الصغار لا يملكه لأنه إن كان فوض إليه الحكم بين الناس فهذا مخصوص بالمرافعات، وإن قال استنبت في الحكم فكذلك لا يتعدى إلى التزويج. أما لو قال له استنبت في جميع ما فوض إلى السلطان فيملك لأنه استنابه في التزويج أيضاً حيث عمم له الولاية، ثم قال الطرسوسي: وهل يقال إنه إذا ملك التزويج في هذه الصورة هل له أن يأذن لأحد في التزويج أم لا؟ ليس له ذلك لأن ولايته في المعنى من السلطان وهو لم يأذن له في ذلك فلم يملكه فبقي كأحد العقاد المأذون لهم من الحاكم الأصل لأنه استفاد التزويج من جهة القاضي لا من السلطان، ولأنه بمنزلة الوكيل عن القاضي وليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن. وهل يكون تزويجه هذا بمنزلة تزويجه إذا كانت الولاية له ويكون حكماً أم لا؟ وكذا هل يملك ذلك لابنه ولمن لا يجوز قضاؤه له أم لا؟ الظاهر أنه لا يكون حكماً ويملك مباشرته لابنه ونحوه. ولقائل أن يمنع ويسوي بين هذا وبين الأول من حيث إن القاضي ولي أبعد فإذا أذن له الأقرب بأمره بأهليته وبولايته بخلاف غيره من الناس إذا باشر بوكالة من الولي لأنه لا ولاية له أصلاً فهو وكيل محض. ١ هـ ملخصاً قوله: (وعلمه في فتح القدير) قال في النهر أقول: الإلحاق بالوكيل يقتضي أنه لو زوج أو باع من ابنه أكثر من القيمة ومن مهر المثل جاز إذ لا خلاف في جواز بيع الوكيل ممن لا تقبل شهادته له بذلك، وتعليهم بأن فعله حكم يقتضي المنع مطلقاً وهو الظاهر. وأيضاً الوكيل يلحقه العهدة والقاضي لا عهدة عليه وقد نص محمد في الأصل أن الورثة لو طلبوا القسمة وفيهم غائب أو صغير قال الإمام: لا أقسم

المصنف بعد الأم البنت لأنه خاص بالمجنون والمجنونة فبعد الأم البنت ثم بنت الابن ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت. وأطلق في ولد الأم فشمّل الذكر والأنثى، وذكر الشارح أن بعد ولد الأم ولده. وأفاده المصنف رحمه الله بتقديم الأم على الأخت تضعيف ما نقله في المستصفى عن شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله، ونقله في التجنيس عن عمر النسفي رحمه الله من أن الأخت الشقيقة أولى من الأم لأنها من قبل الأب، ووجه ضعفه أن الأم أقرب منها. وصرح في الخلاصة بأنه يفتي بتقديم الأم على الأخت، وسيأتي في آخر المختصر أن ذا الرحم قريب ليس بذئ سهم ولا عصبة وأن ترتيبهم كترتيب العصبات، فتقدم العمات ثم الأخوال ثم الحالات ثم بنات الأعمام ثم بنات العمات كترتيب الإرث وهو قول الأكثر. وظاهر كلام المصنف أن الجد الفاسد مؤخر عن الأخت لأنه من ذوي الأرحام، وذكر المصنف في المستصفى أن الجد الفاسد أولى من الأخت عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف الولاية لهما كما في الميراث. وفي فتح القدير: وقياس ما صح في الجد والأخ من تقدم الجد تقدم الجد الفاسد على الأخت ا هـ. فثبت بهذا أن المذهب أن الجد الفاسد بعد الأم قبل الأخت. وفي القنية: أم الأب أولى في التزويج من الأم. وأطلق في نفي العصبة فشمّل العصبة النسبية والسببية فمولى العتاقة ثم عصبته على الترتيب السابق يقدمان على الأم، ولم يذكر المصنف مولى الموالاة وهو الذي أسلم أبو الصغير على يديه ووالاه قالوا: إن آخر الأولياء مقدم على القاضي لأن هذا العقد يفيد الخلافة في الإرث فيفيد في الإنكاح كالعصبات.

وأطلق في الحاكم فشمّل الإمام والقاضي لكن قالوا: إن القاضي إنما يملك ذلك إذا كان ذلك في عهده ومنشوره، فإن لم يكن ذلك في عهده لم يكن ولياً. كذا في الظهيرية وغيرها. وفي المجتبى ما يفيد أن لنائب القاضي ولاية التزويج حيث كان القاضي كتب له في

يقتضي أن الجدة هي التي لأم فتلي الأم. وقد يقال: إن الجدة التي لأم والجدة التي لأب رتبتهما واحدة فنثبت ولاية التزويج لهما في رتبة واحدة لعدم المرجح من أقرية واحدة. وقد يقال: إن قرابة الأب لها حكم العصبة فتقدم أم الأب على أم الأم فليتأمل ا هـ. قلت: وهذا الذي جزم به الرملي كما سيأتي قوله: (ثم بنت بنت البنت) قال الرملي: ثم أم الأب ثم أم الأم ثم الجد الفاسد وعليك أن تتأمل في هذا وفيما يأتي قوله: (وفي القنية أم الأب أولى الخ) قال الرملي قال في النهر: هذا الترتيب يعني ترتيب الكنز هو المفتى به كما في الخلاصة، وحكى عن خواهر زاده وعمر النسفي تقديم الأخت على الأم لأنها من قوم الأب. أقول: وينبغي أن يخرج ما في القنية على هذا القول ا هـ. فقد علمت به ضعف ما في القنية لأنه مقابل لما عليه الفتوى. وقيد فيها بالأم لأن الجدة لأب أولى من الجدة لأم قولاً واحدة فتحصل بعد فتحصل بعد الأم أم الأب ثم أم الأم ثم الجد الفاسد تأمل ا هـ. كلام الرملي قوله: (وفي المجتبى ما يفيد الخ) قال في النهر: إن ما في المجتبى لا يفيد عدم اشتراط

للأم ثم للأخت. لأب وأم ثم لأب ثم لولد الأم ثم لذوي الأرحام ثم للحاكم وللأبعد

ويجري بينهما التوارث، وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم كذلك لا تثبت لمسلم على كافرة أعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال قالوا: وينبغي أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطاناً. قال السروجي: لم أر هذا الاستثناء في كتب أصحابنا وإنما هو منسوب إلى الشافعي ومالك. قال في المعراج: وينبغي أن يكون مراداً ورأيت في موضع معزواً إلى المبسوط: الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء اهـ. وقيد بالكفر لأن الفسق لا يسلب الأهلية عندنا على المشهور وهو المذكور في المنظومة، وعن الشافعي اختلاف فيه، أما المستور فله الولاية بلا خلاف، فما في الجوامع أن الأب إذا كان فاسقاً للقاضي أن يزوج الصغيرة من كفء غير معروف. نعم إذا كان متهتكاً لا ينفذ تزويجه إياها بنقص عن مهر المثل ومن غير كفء وسيأتي هذا. كذا في فتح القدير.

قوله: (وإن لم يكن عصبه فالولاية للأم ثم للأخت لأب وأم ثم لأب ثم لولد الأم ثم لذوي الأرحام ثم للحاكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما ليس لغير العصابات من الأقارب ولاية وإنما الولاية للحاكم بعد العصابات لحديث الإنكاح إلى العصابات، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة. وقد اختلفوا في قول أبي يوسف؛ ففي الهداية الأشهر أنه مع محمد، وفي الكافي الجمهور أنه مع أبي حنيفة، وفي التبيين والجوهرة والمجتبى والذخيرة الأصح أنه مع أبي حنيفة، وفي تهذيب القلانسي وروى ابن زياد عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يليه إلا العصابات وعليه الفتوى اهـ. وهو غريب لمخالفته المتون الموضوعة لبيان الفتوى، ولم يذكر

قول المصنف: (فالولاية للأم) قال الرملي: لم يذكر أم الأم. وفي الجوهرة: وأولاهم الأم ثم الجدة ثم الأخت لأب وأم إلى آخر ما ذكره. وفي شرح المجمع لابن الملك: والأم وأقاربها كالجدة والخال والخاله ومثله في شرح المصنف اهـ. أقول: لا يظهر من عبارة المجمع مرتبة الجدة في أنها مقدمة على الأخت كما هو صريح عبارة الجوهرة، وقد أغفل في كثير من الكتب المعتمدة ذكر الجدة، وعن صرح بذكرها بتقديمها على الأخت كما هو الجوهرة العلامة قاسم في شرح النقاية نقله عنه الشرنبلالي في رسالة له خاصة وقال: ولم يقيد الجدة بكونها لأم أو لأب غير أن السياق يقتضي أنها الجدة لأم، وعلى ذلك لا يعلم حكم الجدة لأب هل تقدم على الجدة لأم أو تتأخر عنها أو تزاوجها في ولاية التزويج. ثم نقل الشرنبلالي ما يأتي عن القنية من أن أم الأب أولى من الأم وقال: فعلى هذا تكون أم الأب متقدمة على أم الأم لتقدمها على الأم، لكن المتون تقتضي خلاف ما في القنية، ففي الكنز جعل الأم تلي العصبه فيقدم ما في المتون، وقد يقال: حيث ذكر في القنية تقديم أم الأب على الأم وعارضه الكنز كانت أم الأب تلي الأم بطريق الدلالة لكن يعارضه سياق الشيخ قاسم الذي

الفسخ ولا ولاية لعبد وصغير ومجنون لا لكافر على مسلم وإن لم تكن عصابة فالولاية

المخيرة بخلاف خيار البلوغ في حق البكر. والثالث أن خيار العتق يثبت للأنتى فقط بخلاف خيار البلوغ يثبت لهما. والرابع أن الجهل بخيار البلوغ ليس بعذر بخلافه في خيار العتق. والخامس أن خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس كالمخيرة وخيار البلوغ في حق الثيب والغلام لا يبطل به. كذا في غاية البيان. وأفاد المصنف بقوله «ولو دلالة» أن دفع المهر رضا كما في الهداية، وحمله في فتح القدير على ما إذا كان قبل الدخول، أما إذا كان دخل بها قبل بلوغه ينبغي أن لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لأنه لا بد منه أقام أو فسخ ا هـ.

قوله: (ونوارثا قبل الفسخ) صادق بصورتين: إحداها ما إذا مات أحدهما قبل البلوغ. ثانيهما ما إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق فإن الآخر يرثه لأن أصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت، وههنا نافذ فيتقرر به. أشار المصنف رحمه الله إلى أنه يحل للزوج وطؤها قبل الفسخ لما ذكرنا، وإلى أنها لو بلغت واختارت نفسها والزوج غائب لا يفرق بينهما ما لم يحضر الغائب ولو كان زوجها صبياً لا ينتظر كبره ويفرق بينهما بحضرة والده أو وصيه إن لم يأتيا بما يدفعها. كذا في أحكام الصغار قوله: (ولا ولاية لصغير وعبد ومجنون) لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا يثبت على غيرهم، ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء. أطلق في العبد فشمّل المكاتب فلا ولاية له على ولده كذا في المحيط. لكن للمكاتب ولاية في تزويج أمته كما عرف. وأراد بالمجنون المطبق وهو شهر وعليه الفتوى. وفي فتح القدير: لا يحتاج إلى تقييده به لأنه لا يزوج حال جنونه مطبقاً أو غير مطبق، ويزوج حالة إفاقته عن جنون مطبق أو غير مطبق، لكن المعنى أنه إذا كان مطبقاً تسلب ولايته فتزوج ولا ينتظر إفاقته، وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر إفاقته كالنائم. ومقتضى النظر أن الكفاء الخاطب إن فات بانتظار إفاقته تزوج وإن لم يكن مطبقاً وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الأقرب ا هـ قوله: (ولا لكافر على مسلم) لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان. قيد بالمسلم لأن للكافر ولاية على ولده الكافر لقوله تعالى ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال: ٧٣] ولهذا تقبل شهادتهم على بعضهم

قوله: (لأن الظاهر يصدقها) جواب «لا يقال» قوله: (ولا تقبل شهادة العاصيين) تشنية عاصب بالعين والصاد المهملتين وما في بعض النسخ من العاصيين بالمعجمة فتحريف قوله: (لأنه لا يزوج حال جنونه الخ) يزوج مضارع مبني للمعلوم وفاعله ضمير يعود إلى المجنون، ومثله قوله «ويزوج حالة إفاقته». وأما قوله بعده «فتزوج» فهو بالتاء مبني للمجهول ونائب الفاعل يعود إلى المرأة المولى عليها، ومثله قوله «تزوج وإن لم يكن مطبقاً».

وحاصله أن وقت خيارهما العمر لأن سببه عدم الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يدل على الرضا. على هذا تضافرت كلمتهم كما في غاية البيان، فما نقل عن الطحاوي حيث قال: خيار المدركة يبطل بالسكوت إذا كانت بكرًا، وإن كانت ثيبًا لم يبطل به، وكذا إذا كان الخيار للزوج لا يبطل إلا بصريح الإبطال أو يجيء منه دليل على إبطال الخيار كما إذا اشتغلت بشيء آخر وأعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه، مشكل إذ يقتضي أن الاشتغال بعمل آخر يبطله، وهذا تقييد بالمجلس ضرورة إذ تبدله حقيقة أو حكمًا يستلزمه ظاهرًا. وفي الجوامع: وإن كانت ثيبًا حين بلغها أو كان غلامًا لم يبطل بالسكوت وإن أقامت معه أيامًا إلا أن ترضى بلسانها أو يوجد ما يدل على الرضا من الوطء أو التمكين منه طوعاً أو المطالبة بالمهر أو النفقة. وفيه: لو قالت كنت مكروهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها. وفي الخلاصة: لو أكلت من طعامه أو خدمته فهي على خيارها، لا يقال كون القول لها في دعوى الإكراه في التمكين مشكل لأن الظاهر يصدقها. كذا في فتح القدير. ولا إشكال في عبارة شرح الطحاوي لأن مراده من الاشتغال بشيء آخر عمل يدل على الرضا بالنكاح كالتمكين ونحوه لا مطلق العمل كما يدل عليه سياق كلامه، بل قد صرح بأن خيار البلوغ في حق الثيب والغلام لا يبطل بالقيام عن المجلس وإلا فينبغي أن يحمل على ما ذكرناه ليوافق غيره. وفي الجوامع: إذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق بائن وإن نوى الثلاث فثلاث وهذا حسن لأن لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق. ثم قال في فتح القدير: وتقبل شهادة المولين على اختيار أمتهم التي زوجها نفسها إذا أعتقها ولا تقبل شهادة العاصيين المزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها لأن سبب الرد قد انقطع في الأولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية إذ هو النسب وهو باقٍ هـ. وقد علم أن خيار البلوغ يخالف خيار العتق في مسائل منها: اشتراط القضاء والثاني أن خيار المعتقة لا يبطل بالسكوت بل يمتد إلى آخر المجلس كما في

الرملي: هذا قول وقيل بالشفعة. وفي جامع الفصولين: ولو ثبت للبكر خيار البلوغ والشفعة تقول طلبت الحقين ثم تفسر وتبدأ بالاختيار، وقيل بالشفعة، وقيل تطلب الشفعة وتبكي صراحاً فيصير هذا البكاء رداً للنكاح على قول من يجعله رداً له. أقول: لا أدري ما وجه تعيين البداء بأحدهما في التفسير بعد طلب الحقين جملة فإنما حيث اعتبرناه هو المانع من السقوط فلا يضر تقديم أحدهما على الآخر، ولا يبطل المؤخر لأنه ثبت بالإحمال المتقدم والألف واللام فيه جامعة لهما، ولو قيل لا حاجة إلى التفسير بعده أصلاً لكان له وجه وجه. وأيضاً فيه تضيق وتفسير ونوع حرج وذلك مرفوع، والظاهر أن متقدمي أمتنا ذكروا المسألة ومنهم من قال على سبيل المثال: تقول طلبتهما نفسي والشفعة. ومنهم من قال على سبيله الشفعة ونفسي. فتوهم بعض التأخرين أن ذلك على سبيل الحتم واللزوم وليس كذلك بل تقدم في التفسير أيأ شاءت. تأمل.

فهي على خيارها كخيار العيب. وما في التبيين من أنها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر، محمول على ما إذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وما فيه أيضاً. وفي الذخيرة من أنها لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها، تعسف لا دليل عليه، وغاية الأمر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح. ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وإن كان عدم ذكره لها لا يبطل كون سكوتها رضا على الخلاف فإن ذلك إذا لم تسأل عنه لظهور أنها راضية بكل مهر والسؤال يفيد نفي ظهوره في ذلك وإنما يتوقف رضاها على معرفة كميته، وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا، كيف وإنما أرسلت لغرض الإشهاد على الفسخ. كذا في فتح القدير وفيه بحث، لأن بطلان هذا الخيار ليس متوقفاً على ما يدل على الرضا لأن ذلك إنما هو في حق الثيب والغلام، وأما في حق البكر فيبطل بمجرد السكوت، ولا شك أن الاشتغال بالسلام فوق السكوت، وإذا اجتمع خيارا البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبتدئ في التفسير بخيار البلوغ. وقيد بالبكر لأنها لو كانت ثيباً كما لو دخل بها الزوج قبل البلوغ أو كانت ثيباً وقت العقد فإنه لا يبطل بسكوتها فهي كالغلام لا بد من الرضا بالقول أو بفعل دال عليه.

ما لم تمكنه من نفسها كما صرح به في الذخيرة، والظاهر أن الشهر والشهرين مثال لأحد مقدر إذ حقها تقرر بالإشهاد فلا يسقط بالتأخير كالشفعة تأمل قوله: (ولا شك أن الاشتغال بالسلام فوق السكوت) قال في النهر: ممنوع فقد نقلوا في الشفعة أن سلامه على المشتري لا يبطلها لأنه صلى الله تعالى عليه وسلم قال «السلام قبل الكلام»^(١) ولا شك أن طلب الموائبة بعد العلم بالبيع يبطل بالسكوت كخيار البلوغ ولو كان فوقه لبطلت. وقالوا: لو قال من اشتراها وبكم اشتراها لا تبطل شفعتها كما في البزازية. وهذا يؤيد ما في فتح القدير، نعم ما وجه به في المهر إنما يتم إذا لم يخل أما إذا خلا بها خلوة صحيحة فالوقوف على كميته اشتغال بما لا يفيد لوجوبه بها، فإطلاق عدم سقوطه مما لا ينبغي اهـ. وفي الرمز بعد نقل بحث المؤلف: والجواب أن الرضا لا بد منه لكنه تارة يكون صريحاً وتارة يكون دلالة في الثيب والبكر لكن مجرد السكوت من البكر جعل رضاءً شرعاً وقام مقام القول لعل الحياء. وأقول: ينبغي أن يقال إن سألت عن اسم الزوج مع علمها به أو سلمت معنى بأن قالت مرحباً للشهود ونحو ذلك يلزمها لكون ذلك مستغنى عنه، أما إذا ردت سلامهم أو كانت جاهلة بالزوج فالسؤال عنه لا يكون كالسكوت. والحاصل أن اشتغالها بما لا يفيد يقوم مقام السكوت فيلزمها لا ما تحتاج إليه في هذا المقصود قوله: (وإذا اجتمع خيار البلوغ والشفعة الخ) قال

ويبطل بسكوتهما أن علمت بكر إلا بسكوته ما لم يقل رضيت ولو دلالة وتوارثا قبل

المهر بل يجب نصفه، فالحق أن لا يجعل لهذه المسألة ضابط بل يحكم في كل فرد بما أفاده الدليل. ثم اعلم أن الفرقة ثلاث عشرة فرقة: سبع منها تحتاج إلى القضاء، وست لا تحتاج. أما الأولى فالفرقة بالجب، والفرقة بالعنة، والفرقة بخيار البلوغ، والفرقة بعدم الكفاءة، والفرقة بنقصان المهر، والفرقة بإباء الزوج عن الإسلام، والفرقة باللعان. وإنما توقفت على القضاء لأنها تنبني على سبب خفي لأن الكفاءة شيء لا يعرف بالحس وأسبابها مختلفة وكذا بنقصان مهر المثل، وخيار البلوغ مبني على قصور الشفقة وهو أمر باطن والإباء ربما يوجد وربما لا يوجد وكذا البقية. وأما الثانية فالفرقة بخيار العتق، والفرقة بالإيلاء، والفرقة بالرد، والفرقة بقبائين الدارين، والفرقة بملك أحد الزوجين صاحبه، والفرقة في النكاح الفاسد. وإنما لم تتوقف هذه الست على القضاء لأنها تبني على سبب جلي. ثم قال الإمام المحبوبي في التنقيح: كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من قبل الزوج فهي فرقة بغير طلاق كالردة من جهة المرأة وخيار البلوغ وخيار العتاقة وعدم الكفاءة، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق كالإيلاء والجب والعنة، ولا يلزم على هذا ردة الزوج على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن بالردة ينتفي الملك فينتفي الحل الذي هو من لوازم الملك فإنما حصلت الفرقة بالتنافي والتضاد لا بوجود المباشرة من الزوج بخلاف الإباء من جهة الزوج حيث يكون طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد لأنه لا تنافي بدليل أن الملك يبقى بعدم الإباء فلهذا افترقا اهـ.

قوله: (ويبطل بسكوتهما إن علمت بكراً لا بسكوته ما لم يقل رضيت ولو دلالة) أي ويبطل خيار البلوغ بسكوت من بلغت إلى آخره اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح، وسكوت البكر في الابتداء إذن بخلاف سكوت الثيب والغلام. وأراد بالعلم العلم بأصل النكاح لأنه لا تتمكن من التصرف إلا به والولي ينفرد به فعذرت، ولا يشترط العلم بأن لها خيار البلوغ لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بثبوت الخيار. واستفيد من بطلانه بسكوتهما أنه لا يمتد إلى آخر المجلس، وعلى هذا قالوا: ينبغي أن يبطل مع رؤية الدم فإن رآته ليلاً تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد إذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن. وقيل لمحمد: كيف يصح وهو كذب وإنما أدركت قبل هذا؟ فقال: لا تصدق في الإسناد فجاز لها أن تكذب كيلا يبطل حقها. ثم إذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضي الشهر والشهرين

لأنها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن أن تجعل طلاقاً فتجعل فسخاً اهـ. وسيأتي إيضاحه في محله اهـ فتأمل.

قوله: (ثم إذا اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضي الشهر والشهرين الخ) قال الرملي: يعني

العدة، والمعتدة بعدة الفسخ لا يلحقها طلاق آخر في العدة. وذكر في خصوص مسألتنا أنه لا يقع، وأما حكم المهر فإن كانت الفرقة بعد الدخول ولو حكماً وجب تمامه، وإن كانت قبله فلا مهر لها، فإن كانت منها فظاهر لأنها جاءت من قبلها، وإن كانت منه فسقوطه هو فائدة الخيار له وإلا فلا فائدة في إثباته له إذ هو مالك للطلاق. قال في الاختيار: وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ولا مهر عليه إلا في هذه اهـ. وهذا الحصر غير صحيح لما في الذخيرة من الفصل السادس والعشرين في المتفرقات قبيل كتاب النفقات: حر تزوج مكاتبه بإذن سيدها على جارية بعينها فلم تقبض المكاتبه الجارية حتى زوجتها من زوجها على مائة درهم جاز النكاحان، فإن طلق الزوج المكاتبه أولاً ثم طلق الأمة وقع الطلاق على المكاتبه ولا يقع على الأمة لأن بطلاق المكاتبه تنتصف الأمة وعاد نصفها إلى الزوج بنفس الطلاق فيفسد نكاح الأمة قبل ورود الطلاق عليها فلم يعمل طلاقها، ويبطل جميع مهر الأمة عن الزوج مع أنها فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها لأن الفرقة إذا كانت من قبل الزوج إنما لا تسقط كل المهر إذا كان طلاقاً، وأما إذا كانت الفرقة من قبله قبل الدخول وكانت فسخاً من كل وجه توجب سقوط كل الصداق كالصغير إذا بلغ. وأيضاً لو اشترى منكوحته قبل الدخول بها فإنه يسقط كل الصداق مع أن الفرقة جاءت من قبله لأن فساد النكاح حكم تعلق بالملك، وكل حكم تعلق بالملك فإنه يحال على قبول المشتري لا على إيجاب البائع، وإنما سقط كل الصداق لأنه فسخ من كل وجه اهـ. بلفظه. ويرد على صاحب الذخيرة إذا ارتد الزوج قبل الدخول فإنها فرقة هي فسخ من كل وجه مع أنه لم يسقط كل

من زوج المرتدة بأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالإسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتباً فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فإنها متأبدة فلا يفيد حقوق الطلاق فائدة اهـ. وكان هذا هو وجه كون الوقوع هنا أوجه لمن تأمل إلا أنه يقتضي قصر عدم الوقوع في العدة على ما إذا كانت الفرقة بما يوجب حرمة مؤبدة كالتقبيل وكالإرضاع وفيه مخالفة لظاهر كلامهم عرف ذلك من تصفحه اهـ. وذلك أنهم صرحوا بعدم اللحاق في عدة خيار العتق والبلوغ، وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر حتى صرح بذلك في الفتح أول كتاب الطلاق، وصرح أيضاً بعدم اللحاق فيما إذا سبي أحد الزوجين أو هاجر إلينا مسلماً أو ذمياً أو خرجاً مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار ذمياً. وصرح أيضاً هناك بلحاق الطلاق فيما إذا فرق بينهما بإباء الآخر وبالارتداد وقال: إن الفرقة برده فسخ خلافاً لأبي يوسف، ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقاً ويقع طلاقه عليها في العدة ولم يعلل بما علل به في النكاح.

قوله: (وأيضاً لو اشترى منكوحته الخ) قال في النهر: في دعوى كون الفرقة من قبله فيما إذا ملكها أو بعضها فيه نظر، ففي البدائع: الفرقة الواقعة بملكه إياها أو شقصاً منها فرقة بغير طلاق

وأفاد أن الكلام في الحر لأن ولاية الأب إنما هي عليه، وأما الصغير والصغيرة المرقوقان إذا زوجها المولى ثم أعتقهما ثم بلغا فإنه لا يثبت لهما خيار البلوغ لكمال ولاية المولى فهو أقوى من الأب والجد، ولأن خيار العتق يغني عنه حتى لو أعتق أمته الصغيرة أولاً ثم زوجها ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ كما ذكره الأسيبجاني، وهو داخل في غير الأب والجد. فلو قال المصنف «وللمولى عليه خيار الفسخ بالبلوغ في غير الأب والجد والابن والمولى» لكان أولى وأشمل. ويدخل تحت غير الأب والجد الأم والقاضي على الأصح لأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعم فإذا ثبت الخيار في الحجاب ففي المحجوب أولى. وإنما عبر بالفسخ ليفيد أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق فلا ينقص عدده لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها، وكذا بخيار العتق لما بيناه، وكذا الفرقة بعدم الكفاءة أو نقصان المهر فسخ بخلاف خيار المخيرة لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق. وفي التبيين: ولا يقال النكاح لا يحتمل الفسخ فلا يستقيم جعله فسخاً لأننا نقول: المعنى بقولنا لا يحتمل الفسخ بعد التمام وهو النكاح الصحيح النافذ اللازم، وأما قبل التمام فيحتمل الفسخ وتزويج الأخ والعم صحيح نافذ لكنه غير لازم فيقبل الفسخ اهـ. ويرد عليه ارتداد أحدهما فإنه فسخ اتفاقاً وهو بعد التمام وكذا إباؤها عن الإسلام بعد إسلامه فإنه فسخ اتفاقاً وهو بعد التمام، وكذا ملك أحد الزوجين صاحبه فالحق أن يقبل الفسخ مطلقاً إذا وجد ما يقتضيه شرعاً.

وفي فتح القدير: وهل يقع الطلاق في العدة إذا كانت هذه الفرقة بعد الدخول أي الصريح أو لا؟ لكل وجه والأوجه الوقوع اهـ. والظاهر عدم الوقوع لما في النهاية من باب نكاح أهل الشرك معزياً إلى المحيط الأصل أن المعتدة بعدة الطلاق يلحقها طلاق آخر في

زوجه أخوه فأفاق فله الخيار اهـ قوله: (ولأن خيار العتق يغني عنه) هذا في حق الأنثى، أما الذكر فليس له خيار العتق بل هو لها فقط كما سيصرح به قبيل قوله «وتوارثا قبل الفسخ» والتقييد بالصغيرة لا مفهوم له فإن الكبيرة كذلك لها خيار العتق كما صرح به المؤلف في باب نكاح الرقيق، ولكن لما توهم في الصغيرة أن لها خيار البلوغ قصر البيان عليها. قاله بعض الفضلاء قوله: (حتى لو أعتق أمته الصغيرة) تخصيص كونها أنثى بالذكر لا مفهوم له لأن الذكر كذلك له خيار البلوغ كما سيصرح به هناك أيضاً قوله: (ويرد عليه ارتداد أحدهما الخ) قد يقال مراده بالفسخ ما كان مقصوداً مستقلاً بنفسه وهو فيما ذكره من الصور ليس كذلك فإنه تابع لازم لغيره أعني الارتداد والإباء والملك. ومثله الفسخ بتقبيل ابن الزوج وسبي أحدهما ومهاجرته إلينا تأمل. ثم رأيت بعد ذلك أجاب بعض الفضلاء بأن ذلك انفساخ لا فسخ اهـ. وهو مؤدى ما قلنا قوله: (الأصل أن المعتدة بعد الطلاق الخ) قال في النهر أقول: هذا الأصل منقوض بما إذا أبت عن الإسلام وفرق بينهما ثم طلقها في العدة وقع مع أنه فسخ وبوقوع طلاق المرتد مع أن الفرقة بردته فسخ ولا خلاف في أنها بردتها فسخ، ومع هذا يقع طلاقه عليها في العدة. كذا في الفتح. ووجه في النكاح وقوع الطلاق

العصبة بترتيب الإرث ولهما خيار الفسخ بالبلوغ في غير الأب والجد بشرط القضاء

بالصغيرة؛ فقليل لا يدخل بها ما لم تبلغ، وقيل يدخل بها إذا بلغت تسع سنين، وقيل إن كانت سميئة جسيمة تطيق الجماع يدخل بها وإلا فلا، وكذا اختلفوا في وقت ختان الصبي على الأقوال الثلاثة، وقيل يختن إذا بلغ عشرين أهـ. وفي الخلاصة: وأكثر المشايخ على أنه لا اعتبار للسن فيهما وإنما المعتبر الطاعة. وفي الظهيرية: صغيرة زوجها وليها من كفاء ثم قال لست أنا بولي لا يصدق ولكن ينظر إن كانت ولايته ظاهرة جاز النكاح وإلا فلا أهـ. وفي الخلاصة: صغيرة زوجت فذهبت إلى بيت زوجها بدون أخذ المهر فلمن هو أحق بإمسакها قبل التزويج أن يمنعهما حتى يأخذ من له حق أخذ جميع المهر، وغير الأب إذا زوج الصغيرة وسلمها إلى الزوج قبل قبض جميع الصداق فالتسليم فاسد وترد إلى بيتها. قال رحمه الله: هذا في عرفهم، أما في مما زماننا فتسليم جميع الصداق ليس بلازم والأب إذا سلم البنت إليه قبل القبض له أن يمنعهما بخلاف ما لو باع مال الصغير وسلم قبل قبض الثمن فإنه لا يسترد أهـ. والفرق أن حقوق النقد في الأموال راجعة إليه بخلاف النكاح ولذا ملك الإبراء عن الثمن ويضمن ولا يصح الإبراء عن المهر من الولي.

قوله: (ولهما خيار الفسخ بالبلوغ في غير الأب والجد بشرط القضاء) أي للصغير والصغيرة إذا بلغا وقد زوجا أن يفسخا عقد النكاح الصادر من ولي غير أب ولا جد بشرط قضاء القاضي بالفرقة. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: لا خيار لهما اعتباراً بالأب والجد. ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل إلى المقاصد والتدراك يعلم بخيار الإدراك بخلاف ما إذا زوجهما الأب والجد فإنه لا خيار لهما بعد بلوغهما لأنهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشره برضاها بعد البلوغ. وإنما شرط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لأن الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والأنثى فجعل إلزاماً في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء، وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالأنثى فاعتبر دفعاً والدفع لا يفتقر إلى القضاء. أطلق الخيار لهما فشمّل الذميين والمسلمين كما في المحيط، وشمّل ما إذا زوجت الصغيرة نفسها فأجاز الولي فإن لها الخيار إذا بلغت لأن الجواز ثبت بإجازة الولي فالتحق بنكاح باشره الولي. كذا في المحيط. وأشار المصنف إلى أن المجنون والمجنونة كالصغير والصغيرة لهما الخيار إذا عقلا في تزويج غير الأب والجد ولا خيار لهما فيهما. وأشار إلى أنه لا خيار لهما في تزويج الابن بالأولى لأنه مقدم على الأب في التزويج،

قوله: (وأشار إلى أنه لا خيار لهما في تزويج الابن) قال في فتح بعد ذكر العصابات مرتبين: وكل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإيجاب على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما إذا جنا مثلاً. غلام بلغ عاقلاً ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان مطبقاً، فإذا أفاق فلا خيار له، وإن

وفسر المصنف رحمه الله الولي بالعصبة وسيأتي في الفرائض أنه من أخذ الكل إذا انفرد والباقي مع ذي سهم وهو عند الإطلاق منصرف إلى العصبة بنفسه وهو ذكر يتصل بلا توسط أنثى أي يتصل إلى غير المكلف، ولا يقال هنا إلى الميت فلا يرد العصبة بالغير كالبنت تصير عصبة بالابن فلا ولاية لها على أمها المجنونة، وكذا لا يرد العصبة مع الغير كالأخوات مع البنات. وأفاد بقوله «بترتيب الإرث» أن الأحق الابن وابنه وإن سفل ولا يتأتى إلا في المعتوهة على قولهما خلافاً لمحمد كما سيأتي. ثم الأب ثم الجد أبوه ثم الأخ الشقيق ثم لأب. وذكر الكرخي أن الأخ والجد يشتركان في الولاية عندهما، وعند أبي حنيفة يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث، والأصح أن الجد أولى بالتزويج اتفاقاً، وأما الأخ لأم فليس منهم. ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب كذلك الشقيق ثم لأب ثم أبناء عم الأب الشقيق ثم أبناءه لأب ثم عم الجد الشقيق ثم عم الجد لأب ثم أبناء عم الجد الشقيق ثم أبناءه لأب وإن سفلوا. كل هؤلاء تثبت لهم ولاية الإجماع على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما إذا جئا. ثم المعتق وإن كان امرأة ثم بنوه وإن سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب. كذا في فتح القدير وغيره. وفي الظهيرية: والجارية بين اثنين إذا جاءت بولد فادعياه حيث يثبت النسب من كل واحد منهما ينفرد كل واحد منهما بالتزويج. ثم إذا اجتمع في الصغير والصغيرة وليان في الدرجة على السواء فزوج أحدهما جاز أجاز الأول أو فسخ بخلاف الجارية إذا كانت بين اثنين فزوجها أحدهما لا يجوز إلا بإجازة الآخر، فإن زوج كل واحد من الوليين رجلاً على حدة فالأول يجوز والآخر لا يجوز، وإن وقعا معاً ساعة واحدة لا يجوز كلاهما ولا واحد منهما، وإن كان أحدهما قبل الآخر ولا يدري السابق من اللاحق فكذلك لا يجوز لأنه لو جاز جاز بالتحري والتحري في الفروج حرام. هذا إذا كان في الدرجة سواء، وأما إذا كان أحدهما أقرب من الآخر فلا ولاية للأبعد مع الأقرب إلا إذا غاب غيبة منقطعة فنكاح الأبعد يجوز إذا وقع قبل عقد الأقرب. كذا ذكره الأسيبجي. وفي المحيط وغيره: وإذا زوج غير الأب والجد الصغيرة فالاحتياط أن يعقد مرتين، مرة بمهر مسمى ومرة بغير تسمية لأمرين: أحدهما لو كان في التسمية نقصان لا يصح النكاح الأول فيصح النكاح الثاني بمهر المثل. والثاني لو كان الزوج حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها ينعقد الثاني وتحل، وإن كان أباً أو جداً فكذلك عندهما للوجه الثاني. واختلفوا في وقت الدخول

١ هـ قوله: (وهو ذكر يتصل بلا توسط أنثى) قال في النهر: هو كما سيأتي في الفرائض من يأخذ المال إذا انفرد والباقي مع ذي سهم، وهذا أولى من تعريفه بذكر يتصل بلا واسطة أنثى كما في البحر إذ المطلقة لها ولاية الإنكاح.

والحاصل أن علة ثبوت الولاية على الصغيرة عند الشافعي البكارة، وعندنا عدم العقل أو نقصانه وهذا أولى لأنه المؤثر في ثبوت الولاية في ما لها إجماعاً، وكذا في حق الغلام في ماله ونفسه، وكذا في حق المجنونة إجماعاً، ولا تأثير لكونها ثيباً أو بكرأ فكذا الصغيرة. وأشار المصنف إلى أن للولي إنكاح المجنون والمجنونة إذا كان الجنون مطبقاً فالمراد أن للولي إنكاح غير المكلفة جبراً. قال في الولوالجية: الرجل إذا كان يجن ويفيق هل يثبت للغير ولاية عليه في حال جنونه؟ إن كان يجن يوماً أو يومين أو أقل من ذلك لا تثبت لأنه لا يمكن الاحتراز عنه. وفي الخاتية: رجل زوج ابنه البالغ بغير إذنه فجن الابن قبل الإجازة قالوا: ينبغي للأب أن يقول أجزت النكاح على ابني لأن الأب يملك إنشاء النكاح عليه بعد الجنون فيملك إجازته اهـ. وقيد المصنف بالإنكاح لأن الولي إذا أقر بالنكاح على الصغيرة لم يميز إلا بشهود أو بتصديقها بعد البلوغ عند أبي حنيفة رضي الله عنه. وقالوا: يصدق. وكذلك لو أقر المولى على عبده والوكيل على موكله ثم الولي على من يقيم بينة الإقرار عند أبي حنيفة. قالوا: القاضي ينصب خصماً عن الصغير حتى ينكر فتقام البينة على المنكر كما إذا أقر الأب باستيفاء بدل الكتابة من عبد ابنه الصغير لا يصدق إلا ببينة، فالقاضي ينصب خصماً عن الصغير فتقام عليه البينة. كذا في المحيط. وهذه المسألة على قول الإمام مخرجة من قولهم إن من ملك الإنشاء ملك الإقرار به كالوصي والمراجع والمولى والوكيل بالبيع. كذا في الجامع الصغير للصدر الشهيد مع أن صاحب المبسوط قال: وأصل كلامهم يشكل بإقرار الوصي بالاستدانة على اليتيم فإنه لا يكون صحيحاً وإن كان هو يملك إنشاء الاستدانة اهـ.

قوله: (وكذا لو أقر المولى على عبده) وفي البدائع: وأجمعوا على أن المولى إذا أقر على أمته بالنكاح أنه يصدق من غير شهادة فقد فرق بين العبد والأمة، ووجهه أن إقراره على الأمة إقرار على نفسه لأنه يملك منافع بضعتها قوله: (ثم الولي على من يقيم بينة الإقرار) «من» استفهامية وقوله «قالوا» جواب استفهام ومنشؤة قوله قبله أن الولي لا يجوز إقراره على الصغيرة إلا بشهود، ولكن لا يخفى أن البينة إنما تقام على النكاح لا على الإقرار نفسه ففي الكلام تجوز تأمل. وفي حاشية الرمي: قوله «ثم الولي الخ» هكذا في النسخ ولا يصح ولعل العبارة «ثم المدعي على من يقيم بينة مع إقرار الولي. وعبارة النهر طريق سماعها أن ينصب القاضي خصماً عن الصغير فينكر فتقام عليه البينة اهـ تأمل. اهـ كلام الرمي. قلت: وفي البدائع وصورة المسألة في موضعين: أحدهما أن تدعي امرأة نكاح الصغير. أو يدعي رجل نكاح الصغيرة والأب ينكر ذلك فيقيم المدعي البينة على إقرار الأب بالنكاح، فعند أبي حنيفة لا تقبل هذه الشهادة، وعندهما تقبل ويظهر النكاح. والثاني أن يدعي رجل نكاح الصغير بعد بلوغهما وهما ينكران ذلك فأقام المدعي البينة على إقرار الأب بالنكاح في حال الصغر لا تقبل هذه الشهادة عند أبي حنيفة حتى يشهد شاهد أن على نفس النكاح في حال الصغر

والأب إنه صغير فالقول للابن لأنه ينكر زوال ملكه، وقد قيل بخلافه والأول أصح اهـ. وقيدنا بعدم الدخول بها لأنه لو كان دخل بها طوعاً فإنها لا تصدق في دعوى الرد بخلاف ما إذا كان كرهاً فإنها تصدق. كذا في الخانية وصححه الولوالجي. وأشار المصنف رحمه الله إلى أن الرجل لو زوج ابنه البالغ امرأة ومات الابن فقال أبو الزوج كان النكاح بغير إذن الابن ومات قبل الإجازة فقالت المرأة لا بل أجاز ثم مات، فإن قياس مسألة الكتاب أن القول قول الأب لأنهما اتفقا أن العقد وقع غير لازم فالمرأة تدعي اللزوم والأب ينكر حتى لو كانت المرأة قالت كان النكاح بإذن الابن كان القول قولها. ذكرها في الذخيرة. وذكر أولاً أن الصدر الشهيد قال: القول قولها والبينة بينة الأب ثم قال: وقياس مسألة الكتاب أن القول قول الأب ثم قال: وهكذا كتبت في المحيط في أصل المتفرقات أن القول قول الأب اهـ. وإلى أن سيد العبد لو قال إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر ومضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذبه المولى فإن القول قول المولى عندنا، وعند زفر للعبد. قال في فتح القدير: إنها نظير مسألة العبد إذ ليس كون أحدهما بعينه مبني الخلاف بأولى من القلب بل الخلاف فيهما معاً ابتدائي اهـ. وإلى أنه لا يقبل قول وليها عليها بالرضا لأنه يقر عليها بثبوت الملك وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح. كذا في الفتح وينبغي أن لا تقبل شهادته لو شهد مع آخر بالرضا لكونه ساعياً في إتمام ما صدر منه فهو متهم ولم أره منقولاً.

قوله: (وللولي انكاح الصغير والصغيرة والولي العصبية بترتيب الإرث) ومالك يخالفنا في غير الأب الشافعي يخالفنا في غير الأب والجد وفي الشيب الصغيرة أيضاً. وجه قول مالك أن الولاية من الحرية باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة إلا أن ولاية الأب ثبتت نصاً بخلاف القياس، والجد ليس في معناه فلا يلحق به. قلنا: لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغير بكرة كانت أو ثيباً إحرازاً للكفء. والقراءة داعية إلى النظر كما في الأب والجد وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الإلزام بخلاف التصرف في المال لأنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل، وتماه في الهداية وشروحها.

وقالت المرأة لا بل أجاز ثم مات، ذكر الصدر الشهيد أن القول قولها والبينة بينة الأب. وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن يكون القول قول الأب لأنهما اتفقا أن العقد وقع غير لازم فالمرأة تدعي اللزوم والأب ينكر حتى لو كانت المرأة قالت كان النكاح بإذن الابن كان القول قولها، وهكذا كتبت في المحيط في أصل المتفرقات أن القول قول الأب قوله: (ولم أره منقولاً) أقول: قد رأيته في كافي الحاكم الشهيد ونصه: وإذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أبوها وأخوها لم يجز اهـ. لكن في هذا مانع آخر وهو أن شهادة الأخ عليها شهادة لأبيه.

إجازتها النكاح حين أخبرت أو رضاها وأقاما البيئة فيبته أولى على ما في الخانية لاستوائهما في الإثبات وزيادة بيته بإثبات اللزوم. وفي الخلاصة نقلاً من أدب القاضي للخصاف في هذه المسألة أن بيته أولى فتحصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ، ولعل وجه ما في الخلاصة أن الشهادة بالإجازة أو الرضا لا يلزم منها كونها بأمر زائد على السكوت. وقيدنا الصورة بأن تقول بلغني النكاح فرددت لأنها لو قالت بلغني النكاح يوم كذا فرددت وقال الزوج لا بل سكت فإن القول قوله، نظيره إذا قال الشفيع طلبت الشفعة حين علمت وقال المشتري ما طلبت حين علمت فالقول قول الشفيع، ولو قال الشفيع علمت منذ كذا وطلبت وقال المشتري ما طلبت فالقول قول المشتري. والفرق أنه إذا قال الشفيع طلبت حين علمت فعلمه عند القاضي ظهر للحال وقد وجد منه الطلب للحال فكان القول قوله، أما إذا قال علمت منذ كذا ثبت عند القاضي بإقراره وطلبه منذ كذا لم يظهر فيحتاج إلى الإثبات. كذا في الولوالجية، وذكرها في الذخيرة. لكن فرق بين بداية المرأة وبين بداية الزوج فقال: لو قال الزوج بلغك الخبر وسكت وقالت المرأة بلغني يوم كذا فرددت فالقول قول المرأة، وبمثله لو قالت المرأة بلغني الخبر يوم كذا فرددت وقال الزوج لا بل سكت فالقول قول الزوج اهـ. وقيد بالبكر البالغة فإن الضمير عائد إليها احترازاً عن الصغيرة التي زوجها غير الأب والجد إذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر وكذبها الزوج فإن القول قوله، لأن الملك ثابت عليها فهي بما قالت تريد إبطال الملك الثابت عليها فكانت مدعية صورة فلا يقبل منها إسناد الفسخ حتى لو قالت عند القاضي أدركت الآن وفسخت صح. وقيل لمحمد: كيف يصح وهو كذب وإنما أدركت قبل هذا الوقت؟ فقال: لا تصدق بالإسناد فجاز لها أن تكذب كيلاً يبطل حقها. وأشار المصنف رحمه الله إلى أن الاختلاف لو كان في البلوغ فإن القول لها كما في الولوالجية: رجل زوج وليته فردت النكاح فادعى الزوج أنها صغيرة وادعت هي أنها بالغة فالقول لها إن كانت مراهرة لأنها إذا كانت مراهرة كان المخبر به يحتمل الثبوت فيقبل خبرها لأنها منكورة وقوع الملك عليها اهـ. وفي الذخيرة: إذا زوج الرجل ابنته فقالت أنا بالغة والنكاح لم يصح وقال الأب لا بل هي صغيرة فالقول لها إن كانت مراهرة، وقيل له والأول أصح. وعلى هذا إذا باع الرجل ضياع ابنه فقال الابن أنا بالغ وقال المشتري

وعزه في النهاية للتمتراشي لكن في الخلاصة بخلافه. وأما إذا أقام الزوج بيئة على سكوتها في صورة ما لو زوجها الولي وهي أقامت البيئة على رد النكاح فيبته أولى لإثبات الزيادة أعني الرد كما في فتح القدير وغيره من الكتب المعتمدة فتنبه للفرق والله تعالى أعلم. ذكره محمد بن عبد الله.

قوله: (وأشار المصنف إلى أن الرجل لو زوج ابنه البالغ امرأة الخ) عبارة الذخيرة هكذا: رجل زوج ابنه البالغ امرأة ومات الابن فقال أبو الزوج كان النكاح بغير إذن الابن ومات قبل الإجازة،

فهي بكر والقول لها إن اختلفا في السكوت وللولي إنكاح الصغير والصغيرة والولي

ثانياً كبكر لم تزوج أصلاً فيكتفى بسكوتها وإن وجبت عليها العدة لأنها بكر حقيقة .
 قوله : (والقول لها أن اختلفا في السكوت) أي لو قال الزوج بلغك النكاح فسكت
 وقالت رددت ولا بينة لهما ولم يكن دخل بها، فالقول قولها. وقال زفر: القول قوله لأن
 السكوت أصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة. ونحن
 نقول: إنه يدعي لزوم العقد وملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكراً كالمودع إذا ادعى رد
 الوديعة بخلاف مسألة الخيار لأن اللزوم قد ظهر بمضي المدة، ولم يذكر المصنف أن عليها
 اليمين للاختلاف فعند الإمام لا يمين عليها، وعندها عليها اليمين وعليه الفتوى كما سيأتي
 في الدعوى في الأشياء الستة. وذكر في الغاية معزياً إلى فتاوى الناصحي أن رجلاً لو ادعى
 على الأب أنه زوجه ابنته الصغيرة فأنكر الأب يحلف عند أبي حنيفة وفي الكبيرة لا يحلف
 عنده اعتباراً بالإقرار فيهما اهـ. واستشكله في التبيين بأنه مشكل جداً على قوله لأن امتناع
 اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الإقرار، ألا ترى أن المرأة لو أقرت لرجل بالنكاح نفذ
 إقرارها ومع هذا لا تحلف ولا شبهة أن يكون هذا قولهما اهـ. وقد صرح العمادي في
 الفصل السادس عشر بأنه قولهما فقط فقد ظهر بحثه منقولاً. قيدنا بعدم البينة لأن أيهما أقام
 البينة قبلت بينته وليست بينة السكوت بينة نفي لأنه وجودي لأنه عبارة عن ضم الشفتين،
 ويلزم منه عدم الكلام كما في المعراج أو هو نفي يحيط به علم الشاهد فيقبل كما لو ادعت
 أن زوجها تكلم بما هو ردة في مجلس فأقامها على عدم التكلم فيه تقبل، وكذا إذا قالت
 الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها كما في الجامع، وإن أقامها فبيتها أولى
 لإثبات الزيادة أعني الرد فإنه زائد على السكوت. وقيد بكونه ادعى سكوتها لأنه لو ادعى

قوله: (في الفصل السادس عشر) لعله الخامس عشر. رمي قوله: (أو هو نفي الخ) جواب
 آخر مبني على التسليم والأول على المنع، واعترض هذا في السعدية بأنه مخالف لما ذكره صاحب
 الهداية في باب اليمين في الحج والصلاة من أن الشهادة على النفي غير مقبولة مطلقاً أحاط به علم
 الشاهد أو لا. اهـ. وقال المؤلف هناك: الحاصل أن الشهادة على النفي المقصود لا تقبل، سواء
 كانت نفيًا بصورة أو معنى، سواء أحاط به علم الشاهد أو لا، وستأتي تفاريعة في الشهادات اهـ.
 وذكر في السعدية أيضاً هناك. وفي كون السكوت أمراً وجودياً بحث ففي شرح العقائد السكوت
 ترك الكلام وأقره عليه في النهر قوله: (وقيد بكونه ادعى سكوتها الخ) قال الرمي: سئل في امرأة
 بكر بالغة زوجها فضولي تم وقع النزاع بينها وبين الزوج، فالزوج يقول بلغك الخبر وأجزت النكاح
 ورضيت به، وهي تقول لا بل رددته، وكل منهما له بينة تشهد بدعواه، فهل تقدم بيته على بينته أم
 بالقلب؟ أجب: تقدم بينة الزوج في هذه الصورة لأنها تثبت اللزوم كما في الخانية وعامة الشروح،

فلا بد من القول كالثيب ومن زالت بكارتها بوثة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس أو زنا

ولم يبلغها الطلاق ولا التزويج الثاني فمكنته من نفسها هل يكون إجازة لعقد الولي الذي هو كالفضولي فيه؟ الظاهر أنه لا يكون إجازة لأنه إنما جعل إجازة لدلالته على الرضا وهو فرع علمها بعقد الثاني ولم أره منقولاً.

قوله: (ومن زالت بكارتها بوثة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس أو زنا فهي بكر) أي من زالت عذرتها وهي الجلدة التي على المحل بما ذكر فهي بكر حكماً، أما في غير الزنا فهي بكر حقيقة أيضاً بالاتفاق ولذا تدخل في الوصية لأبكار بني فلان، ولأن مصيها أول مصيب لها، ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحي لعدم الممارسة. وفي الظهيرية: البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره، قيل هذا قولهما، وأما عند أبي حنيفة بالفجور لا يزول اسم البكارة ولهذا تزوج عنده مثل ما تزوج الأبكار إلا أن الصحيح أن هذا قول الكل لأن في باب النكاح الحكم ينبنى على الحياء وأنه لا يزول بهذا الطريق اهـ. وحاصل كلامهم أن الزائل في هذه المسائل العذرة لا البكارة فكانت بكراً حقيقة وحكماً فاكتفي بسكوها عند الاستئذان وبلوغ الخبر، ولا يرد عليه ما لو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها زائلة العذرة فإنه يردها على بائعها وإن لم يجامعها أحد لأن المتعارف من اشتراط بكارتها اشتراط صفة العذرة، وأما إذا زالت عذرتها بالزنا فاتفقوا على أنها ليست بكراً على الصحيح كما نقلناه عن الظهيرية، ولذا لو أوصى لأبكار بني فلان لا تدخل، ولثيبات بني فلان تدخل في الوصية. ويردها المشتري الشارط بكارتها فهي ثيب حقيقة لأن مصيها عائد إليها، ومنه المثوبة للثواب العائد جزاء عمله، والمثابة للبيت الذي يعود الناس إليه في كل عام، والثوب العود إلى الإعلام بعد الإعلام فجرباً على هذا الأصل في تزويجها فقالا: لا بد من القول ولا يكتفى بسكوها لأنها ثيب. وخرج الإمام عن هذا الأصل فقال: إن اشتهر حالها بأن خرجت وأقيم عليها الحد أو صار الزنا عادة لها فلا بد من القول على الصحيح كما. في المعراج، أو كان وطأ بشبهة أو بنكاح فاسد فكما قالوا، لأن الشارع أظهره في غير الزنا حيث علق به أحكاماً، وإن لم يشتهر زناها فإنه يكتفي بسكوها لأن الناس عرفوها بكراً فيعيبوننا بالنطق فتمتنع عنه فيكتفي بسكوها كيلاً يتعطل عليها مصالحها، وقد نذب الشارع إلى ستر الزنا فكانت بكراً شرعاً. والثوبة النطة وفي النهاية: الوثبة الوثوب. والتعنيس طول المكث من غير تزويج. وأشار المصنف رحمه الله إلى أن البكر لو خلا بها زوجها ثم طلقها قبل الدخول فإنها تزوج

الإشكال فإن منشأ المسألة المذكورة في قوله «وفيها قبله الخ» ولعلها ساقطة من نسخة البحر التي وقعت للمجيب فلا لوم عليه قوله: (والبكرة) بضم الباء اسم لأول النهار قوله: (إلا أن الصحيح إن هذا قول الكل) مرجع الإشارة قوله «البكر اسم لامرأة الخ».

بالدلالة كطلب مهرها ونفقتها أو تمكينها من الوطاء وقبول التهنة والضحك بالسرور من غير استهزاء، فثبت بهذا أنه لا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضا وأن رضاها قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة غير أن سكوت البكر رضا دلالة لحياها دون الثيب لأن حياءها قد قل بالممارسة فلا يدل على الرضا اهـ. ورده في فتح القدير بأن الحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين فيثبت بدلالة نص إلزام القول لأنه فوق القول اهـ. وفيه نظر لأن قبول التهنة ليس بقول وإنما هو سكوت ولذا جعلوه من مسائل السكوت وليس هو فوق القول، وأما الضحك فذكر في فتح القدير أولاً أنه كالسكوت لا يكفي وسلم هنا أنه يكفي وجعله من قبيل القول لأنه حروف. ودخل تحت غير الولي الولي الأبعد مع الأقرب لما قدمنا من أن المراد بالولي من له ولاية الاستحباب وليس للأبعد مع وجود الأقرب ذلك فهو غير ولي، وكذا لو كان الأب كافراً أو عبداً أو مكاتباً فهو غير ولي، فحيث لا حاجة إلى جعلها مسألتين كما في الهداية: إحداهما إذا استأذنها غير الولي. والثانية أن يستأذنها ولي غيره أولى منه لدخول الثانية تحت الأولى. وفي المحيط والظهيرية: والثيب إذا قبلت الهدية فليس برضا، ولو أكلت من طعامه أو خدمته كما كانت فليس برضا دلالة زاد في الظهيرية: ولو خلاها برضاها هل يكون إجازة؟ لا رواية لهذه المسألة. قال رحمه الله: وعندي أن هذه إجازة وقد قدمنا أن رسول الولي كهو. وأما وكيله فقال في القنية: لو وكل رجلاً في تزويجها قبل الاستثمار ثم استأمرها الوكيل بذكر الزوج وقدر المهر فسكتت فزوجها جاز، وسكوت البكر عند العلم بنكاح وكيل الأب كسكوتها عند نكاح الأب اهـ. وفيها قبله: استأمر البكر فسكتت فوكل من يزوجه ممن سماه جاز إن عرفت الزوج والمهر اهـ. وهو مشكل لأنها لما سكتت عند استثمار فقد صار الولي وكيلاً عنها كما قدمناه، وليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن أو به «أعمل برأيك» كما سيأتي في المختصر، فمقتضاه عدم الجواز أو تخصيص مسألة الوكالة بغير الولي ولاية استحباب وإن كان وكيلاً في الحقيقة. وقد فرع في القنية على كونه وكيلاً بالسكوت ما لو استأمرها في نكاح رجل بعينه فسكتت أو أذنت ثم جرى على لسان الزوج قبل الزفاف ما وقع به الفرقة فليس له أن يزوجه منه بحكم ذلك الإذن لأنه انتهى بالعقد اهـ. فلو زوجها

فإن البكر أيضاً تشاور قوله: (وفيه نظر لأن قبول التهنة الخ) أقره في النهر، وأجاب بعضهم بأنه غير وارد لأنه قال من قبيل القول لا من القول وقبول التهنة ينزل منزلة القبول في الرضا اهـ. وأنت خبير بأنه لو صح ذلك لما احتيج إلى استثناء التمكين، وأيضاً حيث لا يلزم عليه تسليم الإيراد المقصود رده إذ لا شك أن الزيلعي يسلم أن ما ذكر من قبيل القول في الإلزام وإنما النزاع في اشتراط خصوص القول قوله: (وهو مشكل لأنها لما سكتت الخ) نقله في النهر وأقره. وقال في الرمز: أنت خبير بأن الذي استأمرها هو الوكيل وسكوتها له كسكوتها لوليها فهي راضية بفعله فهو الوكيل عنها، وإنما ترد الشبهة لو كان رسولاً في استثمارها فافهم اهـ. قلت: وفيه غفلة من منشأ

ووجهه أن المشاورة لا تكون إلا بالقول وخرج عن حقيقته في البكر بقريته آخر الحديث «وإذنها صماتها» ولم يوجد مثلها في الثيب. وبه اندفع ما ذكره في التبيين. والمراد بالثيب هنا البالغة إذ الصغيرة لا تستأذن ولا يشترط رضاها كما في المعراج. وأورد في التبيين أيضاً على اشتراط القول أن الرضا بالقول لا يشترط في حق الثيب أيضاً بل رضاها هنا يتحقق تارة بالقول كقولها رضيت وقبلت وأحسنت وأصبحت أو بارك الله لنا ولك ونحوها، وتارة

فسكت حنث في ظاهر الرواية. الثالثة أحد شريكي العنان قال للآخر أنا اشتري هذه الأمة لنفسني خاصة فسكت الشريك لا تكون لهما. الرابعة سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين إني أريد شراءه لنفسني فشراه كان له. وبقي مسائل في الأشباه زيادة على ما مر: الأولى سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة. الثانية باع جارية وعليها حلي وقرطان ولم يشترط ذلك للمشتري لكن تسلم المشتري الجارية وذهب بها والبائع ساكت، كان سكوته بمنزلة التسليم فكان الحلي له. الثالثة القراءة على الشيخ وهو ساكت تنزل منزلة نطقه في الأصح. الرابعة سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقاراً إقرار بأنه ليس له على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافاً لمشايخ بخارى، فينظر المفتي. الخامسة سكوت المدعي عليه ولا عذر به إنكار، وقيل لا ويجبس. السادسة سكوت المتصدق عليه قبول لا الموهوب له. السابعة سكوت المقر له قبول ويرتد برده. الثامنة سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد تعديل. التاسعة دفعت لبنتها في تجهيزها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت فليس له الاسترداد. العاشرة أنفقت الأم في جهازها ما هو المعتاد فسكت الأب لم تضمن الأم. الحادية عشرة حلفت أن لا تزوج فزوجها أبوها فسكتت حنثت. الثانية عشرة سكوت الخالف لا يستخدم مملوكه إذا خدمه بلا أمره ولم ينهه حنث. الثالثة عشرة السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلاً لا لو كان فاسقاً عنده، وعندهما هو رضا ولو فاسقاً. وقد نظمت هذه الثلاثة عشرة على الترتيب مقدماً المسألة التي زادها المؤلف عن المحيط تنميماً للفائدة فقلت عاطفاً على ما مر من الرمز وبالله تعالى أستعين:

أو قبض من يبعث مقرطة	لكن بلا شرط عليه بنوا
أو من عليه يدعي وتصد	ق والمقر له المزكي ادنوا
أو أنفقت في ذا دراهمه	معتادهم لم تأتها المحن
أوقبل بيع حين أخبره	بالعيب عدل خذه يا فطن
أو عند تهنئة بعقد فزو	لي وقبض الرهن مرتهن
وقراءة عند المحدث أو	بيع القريب عقاره فاجنوا
أو أعطت إبنتها حوائجه	عند الجهاز وعينه ترنو
أو عند تزويج الولي وخذ	مة عبده بعد اليمين عنوا

قوله: (وبه اندفع ما ذكره في التبيين) حيث قال: وليس في الحديث دلالة على اشتراط النطق

المشهورة لا المحصورة اهـ. ولذا زدت عليه مسألة الوقف، ويزاد أيضاً الصغيرة إذا زوجها غير الأب والجد فبلغت بكرة فسكتت ساعة بطل خيارها وهي العشرون، وهي في المجتبى. ويزاد أيضاً ما في المحيط: رجل زوج رجلاً بغير أمره فهناه القوم وقبل التهنة فهو رضا لأن قبول التهنة دليل الإجازة وهي الحادية والعشرون.

قوله: (وإن استأذنها غير الولي فلا بد من القول كالثيب) أي فلا يكفي السكوت لأنه لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا، ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في غير الأولياء بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه، وكذلك الثيب لا يكتفي بسكوتها لأن النطق لا يعد عيباً وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها. واستدل له في الهداية بقوله عليه الصلاة والسلام «والثيب تشاور»^(١)

قوله: (ويزاد أيضاً الصغيرة) ظاهره أنه لم يذكرها في الفتح مع أنه ذكرها نظماً مع الثمانية عشر السابقة حيث قال:

وسكوت بكر في النكاح وفي	قبض الأبين صداقها إذن
وكذا الصبي وذو الشراء إذا	كان الخيار له كذا سنوا
وعقيب شق الزق أو حلف	ينفي به الإسكان إن ضنوا
وبلوغ جارية وزوجها	غير الأبين بذاك قدموا
وإذا يقول لغيره فسكت	هذا متاعي بعه يا معن
قبض المملك والمبيع ولو	في فاسد وإذا اشترى قن
مولى الأسير يباع وهو يرى	وأبو الوليد إذا انقضى الزمن
وعقيب قول مواضع نمضي	أو وضع مال ذاله يدنو
وكذا الشفيع وذو الجهالة في	نسب شراه من به ضغن
وإذا رأى ملكاً يباع له	وتصرفوا رضا فلم يدنو

قال: قولي «سكوت بكر» يشمل ما قبل النكاح وما بعده أعني إذا زوجها فبلغها فسكتت اهـ. أي ففيه مسألتان، وحيثنذ فالزيد مسألة الوقف ومسألة التهنة عند تزوج الفضولي قال في الرمز: وزدت عليه والوقف والتفويض أو حلف للعبد لا يعطى له إذن وشريك من قال اشترت كذا لي كالوكيل لنفسه يعنو اهـ. فقد نظم مسألة الوقف التي زادها المؤلف وزاد عليه أربعة آخر مذكورة في الأشباه: إحداها سكوت المفوض إليه قبول للتفويض وله رده. الثانية لو حلف المولى لا يأذن له

(١) رواه البخاري في كتاب الحيل باب ١١. مسلم في كتاب النكاح حديث ٦٦، ٦٨. أبو داود في كتاب النكاح باب ٢٥. الترمذي في كتاب النكاح باب ١٨. النسائي في كتاب النكاح باب ٣١، ٣٢. أحمد في مسنده (١/٢١٩، ٢٤٢).

وعدماً كالطواف في الهرة ولذا كان سؤر الهرة الوحشية نجساً لفقد الطواف كما عرف في الأصول. ولا بد أن يكون سكوتها بعد بلوغها الخبر في حياة الزوج وإلا فليس بإجازة لأن شرطها قيام العقد وقد بطل بموته كما في الفتاوى. وذكر في الخانية: رجل زوج ابنته البالغة ولم يعلم الرضا والرد حتى مات زوجها فقالت ورثته إنها زوجت بغير أمرها ولم تعلم بالنكاح ولم ترض فلا ميراث لها وإن قالت هي زوجني أبي بأمرى كان القول قولها ولها الميراث وعليها العدة، وإن قالت زوجني أبي بغير أمرى فبلغني الخبر فرضيت فلا مهر لها ولا ميراث لأنها أقرت أن العقد وقع غير تام فإذا ادعت النفاذ بعد ذلك لا يقبل قولها لمكان التهمة اهـ.

وأشار المصنف إلى أن السكوت إذا دل على الرضا فإنه يقوم مقام القول وقد ذكروا مسائل أقيم فيها السكوت مقام التصريح: الأولى سكوت البكر عند الاستثمار. الثانية سكوتها عند بلوغها الخبر. الثالثة سكوتها عند قبض الأب أو الجد المهر. كذا قالوا، ولا ينبغي إدخاله فيما نحن فيه لأن له أن يقبض المهر في غيبتها حتى لو ردت عند بلوغها الخبر بقبضه لا تملك ذلك، نعم لها نفيه عنه قبل القبض كما قدمناه. الرابعة سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه العين بحضرته. الخامسة في البيع ولو فاسداً إذا قبضه المشتري بمرأى من البائع فسكت صح وسقط حق الحبس بالثمن. السادسة إذا اشترى العبد بحضرة مولاه فسكت كان إذناً في غير الأول. السابعة الصبي إذا اشترى أو باع بمرأى من وليه فسكت فهو إذن له. الثامنة المشتري بالخيار إذا رأى العبد يبيع ويشترى فسكت سقط خياره. التاسعة سيد العبد المأسور إذا رآه يباع فسكت بطل حقه في أخذه بالقيمة. العاشرة إذا سكت الأب ولم ينف الولد مدة التهنة لزمه فلا ينتقي بعد. الحادية عشرة السكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال. الثانية عشرة سكوته عقب حلفه على أن لا أسكن فلاناً وفلان ساكن فيحث. الثالثة عشرة السكوت عقيب قول رجل واضع غيره على أن يظهرها بيع تلجئة ثم قال بدا لي جعله بيعاً نافذاً بمسمع من الآخر ثم عقداً كان نافذاً. الرابعة عشرة يصير مودعاً بسكوته عقب وضع رجل متاعه عنده وهو ينظر. الخامسة عشر الشفيع إذا بلغه البيع فسكت كان تسليماً. السادسة عشر مجهول النسب إذا بيع فسكت كان إقراراً بالرق. السابعة عشر يكون وكيلاً بسكوته عقب الأمر ببيع المتاع. الثامنة عشر إذا رأى ملكاً له يباع ولو عقاراً فسكت حتى قبضه المشتري سقط دعواه فيه لكن شرط في فتح القدير لسقوط دعواه أن يقبض المشتري ويتصرف فيه أزماناً وهو ساكت بخلاف السكوت عند مجرد البيع. التاسعة عشر في الوقف على فلان إذا سكت جاز وإن رده بطل. كذا في الخلاصة من الإقرار وفيه خلاف ذكره في التبيين من آخر الكتاب أيضاً. وفي فتح القدير: والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه

لها على وجه تقع به المعرفة لها كما قدمناه في الاستئذان. وأما تسمية المهر فعلى الخلاف المتقدم، وفرع في التبيين على عدم الاشتراط أنه إن سماه يشترط أن يكون وافراً وهو مهر المثل حتى لا يكون السكوت رضا بدونه. واختلف فيما إذا زوجها غير كفء فبلغها فسكتت فقالا: لا يكون رضا. وقيل في قول أبي حنيفة يكون رضا إن كان الزوج أباً أو جدّاً وإن كان غيرهما فلا، كما في الخانية أخذاً من مسألة الصغيرة المزوجة من غير كفء. ولم يذكر المصنف ما إذا ضحكت بعد بلوغها الخبر مع أنه كضحكها عند الاستئذان لها كما في غاية البيان اكتفاء بذكره أولاً. ولو قال المصنف «ولو استأذنها الولي أو زوجها فعلمت به فسكتت أو ضحكت فهو إذن» لكان أولى، والبكاء عند التزويج كهو عند الاستئذان. وأطلق سكوتها بعد بلوغها الخبر فشمّل ما إذا استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكتت فإنه إجازة على الصحيح بخلاف ما لو بلغها العقد فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز لأن العقد بطل بالرد، ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع. وفي فتح القدير: والأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا، ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للإخبار بأنها على امتناعها اهـ.

وأشار المصنف بالسكوت عند بلوغ الخبر إلى أنه لو مكنته من نفسها أو طالبت به بالمهر والنفقة يكون رضا لأن الدلالة تعمل عمل الصريح. كذا في غاية البيان. وقيد بقوله «أو زوجها» لأن الولي لو تزوجها كابن العم إذا تزوج بنت عمه البكر البالغة بغير إذنها فبلغها الخبر فسكتت لا يكون رضا لأن ابن العم كان أصيلاً في نفسه فضولياً في جانب المرأة فلم يتم العقد في قول أبي حنيفة ومحمد فلا يعمل الرضا، ولو استأمرها في التزويج من نفسه فسكتت ثم زوجها من نفسه جاز إجماعاً. كذا في الخانية. وأطلق في البكر فشمّل ما إذا كانت تزوجت قبل ذلك وطلقت قبل زوال البكارة ولذا قال في الظهيرية: وإذا فرق القاضي بين امرأة العنين وبين العنين وجبت عليها العدة وتزوج كما تزوج الأبكار. نص عليه في الأصل. وشمّل ما إذا خاصمت الأزواج في المهر وفيه خلاف. قال في الظهيرية: والبكر إذا خاصمت الأزواج في المهر قبل لا تستنطق، وقيل تستنطق لأن علة وضع النطق الحياء والحياء زائل عنها اهـ. وينبغي ترجيح الأول لأن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه وهي بكر فيكتفى بسكوتها، وإن لم يكن عندها حياء كأبكار زماننا فإن الغالب فيهن عدم الحياء. وقد يجاب عنه بأنها علة منصوص عليها لا مستنبطة والمنصوص عليها يتعلق الحكم بها وجوداً

رد، وإن كان مع السكوت فهو رضا وهو الأوجه وعليه الفتوى اهـ قوله: (وفي فتح القدير والأوجه عدم الصحة) مقابل قوله «فإنه إجازة على الصحيح» تأمل.

الاستئذان، وإن كان غيرهما يشترط. وصححه في الكافي والمعراج وكأنه سهو وقع من قائله لأن التفرقة بين الأب والجد وبين غيرهما إنما هو في تزويج الصغيرة بحكم الجبر، والكلام إنما هو في الكبيرة التي وجب مشاورتها. والأب في ذلك كالأجنبي لا يفعل شيئاً إلا برضاها فقد اختلف الترجيح فيها، والمذهب الأول لما في الذخيرة أن إشارة كتب محمد تدل عليه. ولم يذكر المصنف البكاء للاختلاف فيه والصحيح المختار للفتوى أنها إن بكت بلا صوت فهو إذن لأنه حزن على مفارقة أهلها، وإن كان بصوت فليس بإذن لأنه دليل السخط والكراهة غالباً لكن في المعراج: البكاء وإن كان دليل السخط لكنه ليس برد حتى لو رضيت بعده ينفذ العقد، ولو قالت لا أرضى ثم رضيت بعده لا يصح النكاح هـ. وبهذا تبين أن قول الوقاية «والبكاء بلا صوت إذن ومعه» رد ليس بصحيح إلا أن يؤول أن معناه ومعه ليس بإذن لأنه دليل السخط.

وفي فتح القدير: والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال في البكاء والضحك فإن تعارضت أو أشكل احتيط اهـ. وقدم المصنف مسألة الاستئذان قبل العقد لأنه السنة. قال في المحيط: والسنة أن يستأمر البكر وليها قبل النكاح بأن يقول إن فلاناً يخطبك أو يذكرك فسكتك وإن زوجها بغير استئمار فقد أخطأ السنة وتوقف على رضاها اهـ. وهو محمل النهي في حديث مسلم «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن. قالوا: يا رسول الله وكيف إذن؟ قال: أن تسكت». فهو لبيان السنة للاتفاق على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقاً فإنه يجوز. وأراد ببلوغها الخبر علمها بالنكاح فدخل فيه ما لو زوجها الولي وهي حاضرة فسكتت فإنه إجازة على الصحيح، وعلمها به يكون بإخبار وليها أو رسوله مطلقاً أو فضولي عدل أو اثنين مستورين عند أبي حنيفة ولا يكفي إخبار واحد غير عدل ولها نظائر ستأتي في كتاب القضاء من مسائل شتى، ولا بد في التبليغ من تسمية الزوج

قوله: (ليس بصحيح) فيه نظر فإن كلام المعراج ليس بأقوى من كلام الوقاية فإنها من المتون المعتمدة، ومثلها في النقاية والملتقى والاصلاح على أنه في المعراج نقل أيضاً عن المبسوط ما نصه: وفي المبسوط قال بعض المتأخرين: هذا إذا كان لبكائها صوت كالويل، وأما إذا خرج الدمع من غير صوت لا يكون رداً لأنها تحزن على مفارقة بيت أبويها وعليه الفتوى وإنما يكون ذلك عند الإجازة اهـ. فقوله «هذا إذا كان لبكائها صوت» أي كونه رداً بدليل مقابله ويدل عليه أن أصل الخلاف في أن البكاء رد أو لا لقول قاضيه خان في شرح الجامع الصغير: وإن بكت كان رداً في إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وعنه في رواية يكون رضا قالوا: إن كان البكاء عن صوت وويل لا يكون رضا، وإن كان عن سكوت فهو رضا اهـ. فقوله «قالوا الخ» توفيق بين الروايتين فعلم أن من قال لا يكون رضا معناه يكون رداً والله أعلم. وفي الاختيار: ولو بكت فيه روايتان والمختار إن كان بغير صوت فهو رضا. وفي الذخيرة بعد حكاية الروايتين: وبعضهم قالوا إن البكاء مع الصياح والصوت فهو

كما في فتح القدير. وأراد بالسكوت السكوت عن الرد لا مطلق السكوت لأنه لو بلغها الخبر فتكلمت بكلام أجنبي فهو سكوت هنا فيكون إجازة، فلو قالت الحمد لله اخترت نفسي أو قالت هو دباغ لا أريده فهذا كلام واحد فكان رداً. كذا في الظهيرية.

وأطلق في الضحك فشمّل التبسم وهو الصحيح كما في القدير. ولا يرد عليه ما إذا ضحكت مستهزئة فإنه لا يكون إذناً وعليه الفتوى. وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره لأن الضحك إنما جعل إذناً لدلالته على الرضا فإذا لم يدل على الرضا لم يكن إذناً. وأطلق في الاستئذان فانصرف إلى الكامل وهو بأن يسمى لها الزوج على وجه يقع لها به المعرفة ويسمى لها المهر؛ أما الأول فلا بد منه لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه، فلو قال أزوجك من رجل فسكتت لا يكون إذناً، فلو سمى فلاناً أو فلاناً فسكتت فله أن يزوجه من أيهما شاء، وكذا لو سمى جماعة مجملاً فإن كانوا يحصون فهو رضا نحو من جبراني أو بني عمي وهم كذلك، وإن كانوا لا يحصون نحو من بني تميم فليس برضا كما في المحيط. وهذا كله إذا لم تفوض الأمر إليه، أما إذا قالت أنا راضية بما تفعله أنت بعد قوله إن أقواماً يخطبونك أو زوجني ممن تختاره ونحوه فهو استئذان صحيح كما في الظهيرية، وليس له بهذه المقالة أن يزوجه من رجل ردت نكاحه أولاً لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة ليس للتوكيل أن يزوجه مطلقته إذا كان الزوج قد شكها منها للتوكيل وأعلمه بطلاقها كما في الظهيرية. وأما الثاني ففيه ثلاثة أقوال مصححة: قيل لا يشترط ذكر المهر في الاستئذان لأن للنكاح صحة بدونه وصححه في الهداية، وقيل يشترط ذكره لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة وهو قول المتأخرين من مشايخنا كما في الذخيرة. وفي فتح القدير: إنه الأوجه. وتفرع عليه أنه لو لم يذكر المهر لها قالوا: إن وهبها من رجل نفذ نكاحه لأنها رضت بنكاح لا تسمية فيه، والنكاح بلفظ الهبة يوجب مهر المثل. وإن زوجها بمهر مسمى لا ينعقد نكاح الولي لأنها ما رضيت بتسمية الولي فلا ينعقد نكاح الولي إلا بإجازة مستقلة. كذا في الخانية وغيرها وهو مشكل، لأن مقتضى الاشتراط أن لا يصح الاستئذان إذا لم يذكره فلم يصح قولهما أنها رضيت بنكاح لا تسمية فيه فسكوتهما إنما هو لعلمها بعدم صحة الاستئذان. وقيل إن كان المزوج أباً أو جدّاً لا يشترط ذكر المهر عند

وقوعه فيمنع من إيقاعه لعدم تحقق الإذن فيه قوله: (قالوا إن وهبها من رجل) قال في الفتح: يعني فوضها اه. وعزا المسألة إلى التجنيس معللة بأنه إذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به، وإذا سمى مهرأ فتمامه به أيضاً. ثم قال: وهو فرع اشتراط التسمية في كون السكوت الرضى، ويجب كون الجواب في المسألة الأولى مقيداً بما إذا علمت بالتفويض تفريعاً على القول الآخر. قال في النهر: وبه اندفع إشكال البحر قوله: (وهو مشكل لأن مقتضى الاشتراط الخ) قال في الرمز: والجواب أن الذي رضيت به لم يوجد وما وجد إن لم ترض به أولاً فإجازتها كافية في نفاذه.

أقرب منه لأنه حينئذ له الولاية المذكورة، فلو استأذنها من غيره أقرب منه فلا يكون سكوتها إذناً، ولا بد من النطق لأن الأبعد مع الأقرب كالأجنبي كما ذكره الأسيبجاوي، ولهذه النكتة عبر بالولي دون القريب. ودخل تحت الولي القاضي لأن له ولاية الاستحباب في نكاحها ولذا قال في الخانية: والقاضي عند عدم الأولياء بمنزلة الولي في ذلك اهـ. فيكفي سكوتها. ودخل أيضاً المولى في نكاح المعتقة إذا كانت بكرة بالغة كما في القنية: ولو زوجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل فأجازتهما معاً بطلا لعدم الأولوية، وإن سكنت بقيا موقوفين حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل وهو ظاهر الجواب كما في البدائع. وحكم رسول الولي كالولي لأنه قائم مقامه فيكفي سكوتها. واختاره أكثر المتأخرين كما في الذخيرة. والمراد بالسكوت ما كان عن اختيار لما في الخانية: لو أخذها العطاس أو السعال حين أخبرت فلما ذهب العطاس أو السعال قالت لا أرضى صح ردها، وكذا لو أخذ فمها ثم ترك فقالت لا أرضى لأن ذلك السكوت كان عن اضطرار. وأطلقه فشمّل ما إذا كانت عالمة بحكمه أو جاهلة، وشمّل ما إذا استأذنها لنفسه لما في الجوامع: لو استأذن بنت عمه لنفسه وهي بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لأنه صار وكيلاً بسكوتها اهـ. وقيد بالسكوت لأنها لو ردت ارتد، وقولها لا أريد الزوج أو لا أريد فلاناً سواء في أنه رد، سواء كان قبل التزويج أو بعده، وهو المختار كما في الذخيرة: ولو قالت بعد الاستثمار غيره أولى منه فليس بإذن وهو إجازة بعد العقد. كما فيها أيضاً. وفرقوا بينهما بأنه يحتمل الإذن وعدمه فقبل النكاح لم يكن النكاح فلا يجوز بالشك، وبعد النكاح كان فلا يبطل بالشك. كذا في الظهيرية وهو مشكل، لأنه لا يكون نكاحاً إلا بعد الصحة وهو بعد الإذن فالظاهر أنه ليس بإذن فيهما، وقولها ذلك إليك إذن مطلقاً بخلاف قولها أنت أعلم أو أنت بالمصلحة أخبر وبالأحسن أعلم

للأب أن يأخذ الزوج بالمهر إلا بوكالة منها اهـ. فهو مخالف لما هنا تأمل قوله: (جاز لأنه صار وكيلاً بسكوتها) أما لو زوجها لنفسه فبلغها الخبر فسكتت فإنه لا يجوز كما سيأتي بعد ورقة قوله: (كما فيها أيضاً) الضمير راجع إلى الذخيرة. ثم إن ذكر قوله «وفرّقوا بينهما» إلى قوله «كذا في الظهيرية» عقب قوله «كما فيها أيضاً» ثم إعتابه بقوله «وهو مشكل الخ» كما في هذه النسخة أحسن مما في عامة النسخ حيث ذكر فيما بعد قوله «كما فيها أيضاً» وأراد بالسكوت إلى قوله «كذا في الظهيرية» ثم قوله «وقولها ذلك إليك» إلى قوله «كما في فتح القدير» ثم قوله «وفرّقوا بينهما» ثم قوله «وهو مشكل» قوله: (وقولها ذلك إليك إذن) لأنه إنما يذكر للتوكيل بخلاف ما بعده لأنه قد يذكر للتعريض بعدم المصلحة فيه. كذا في الفتح قوله: (وهو مشكل لأنه لا يكون نكاحاً الخ) أصل الإشكال لصاحب الفتح وقد أجاب عنه في الرمز بقوله: ويجاب بأن العقد إذا وقع وورد بعده ما يحتمل كونه تقديرأ له وكونه ردأ ترجح بوقوع احتمال التقرير، وإذا ورد قبله ما يحتمل الإذن وعدمه ترجح الرد لعدم

فسكتت أو ضحكت أو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو إذن وإن استأذنها غير الولي

صدق لأنه ليس له حق القبض فإذا قبض بأمر الزوج كان أمانة للزوج عنده فيصدق في رد الأمانة عليه كالمودع إذا قال رددت الوديعة ا هـ. وفي الذخيرة: للأب المخاصمة مع الزوج في مهر البكر البالغة كما له أن يقبضه، ولا يشترط إحضار المرأة للاستيفاء عندنا خلافاً لزفر. فإن قال الزوج للقاضي «مر الأب فليقبض المهر مني وليسلم الجارية إلي فإن القاضي يقول له اقبض المهر وادفعها إليه، فإن امتنع الأب من ذلك ليس على الزوج دفعه إليه، ولو قال الأب ليست في منزلي ولا أعرف مكانها فليس على الزوج دفعه أيضاً، وإن قال الأب هي في منزلي وإنما أقبض المهر وأجهزها به وأسلمها إليه فالقاضي يأمر الزوج بالدفع إليه فإنه طلب الزوج كفيلاً بالمهر فالقاضي يأمر الأب بكفيل بالمهر، فإذا أتى بكفيل أمر الزوج بدفع المهر، فإن سلم البنت إليه بريء الكفيل، وإن عجز عن ذلك توصل الزوج إلى حقه بالكفيل فيعتدل النظر من الجانبين، وهكذا كان يقول أبو يوسف أولاً ثم رجع وقال: القاضي يأمر الأب أن يجعل المرأة مهيةاً للتسليم ويحضرها ويأمر الزوج بدفع المهر والأب بتسليم البنت فيكون دفع الزوج المهر عند تسليمها نفسها إلى الزوج لأن النظر لا يحصل للزوج بالكفالة لأنه لا يصل إلى المرأة لا محالة بالكفالة، وإنما النظر في تسليم المهر بحضرتها. قال الخصاص: وهذا أحسن القولين ا هـ. وفي الخلاصة: الأب إذا جعل بعض مهر البنت آجلاً والبعض عاجلاً ووهب البعض كما هو المعهود ثم قال إن لم تجز البنت الهبة فقد ضمنت من مالي أن أؤدي قدر الهبة لا يصح هذا الضمان ا هـ.

قوله: (وإن استأذنها الولي فسكتت أو ضحكت أو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو إذن) لقوله عليه الصلاة والسلام «البكر تستأمر في نفسها فإن سكتت فقد رضيت» ولأن حيثية الرضا فيه راجحة لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد، والضحك أدل على الرضا من السكوت. والأصل أن سكوت البكر للاستثمار وكالة وللعقد إجازة كما ذكره الأسبيجاني، فالإذن في عبارة المختصر مشترك بين الوكالة والإجازة، ففي المسألة الأولى توكيل، وفي الثانية إجازة. ويتفرع على كونه توكيلاً أن الولي لو استأذنها في رجل معين فقالت يصلح أو سكتت ثم لما خرج قالت لا أرضى ولم يعلم الولي بعدم رضاها فزوجها فهو صحيح كما في الظهيرية، لأن التوكيل لا ينعزل حتى يعلم. وليس السكوت إذناً حقيقياً لما في الخاتمة من الأيمان: إذا حلفت أن لا تأذن في تزويجها فسكتت عند الاستثمار لا تحنث ا هـ. والمراد بالولي من له ولاية استحباب لأن الكلام في البالغة العاقلة فيفيد أنه ليس لها ولي

القبض أما إذا انتهت فلا يملكه ولا يبرأ الزوج منه. صرح بذلك كثير من علمائنا فاعلم ذلك ا هـ. وقد مر التصريح به من المؤلف أيضاً قوله: (وفي الذخيرة للأب المخاصمة الخ) قال الرملي: أي بغير وكالة منها كما في المضمرات. وفي مجمع الفتاوى: رجل تزوج امرأة بكرة ودفع المهر إلى الأب برئ وليس

قال في الظهيرية: رجل تزوج امرأة بكرًا بالغة على مهر مسمى ودفع إلى أبيها مهرها ضيعة فلما بلغها الخبر قالت لا أرضى بما فعل الأب ينظر؛ إن كان في بلدة لم يجز التعارف بدفع الضيعة في المهر لم يجز لأن هذا شراء والبلوغ قاطع للولاية، وإن كان في بلدة جرى التعارف بذلك جاز لأن هذا قبض للمهر، وإن كانت البنت صغيرة فأخذ الأب مكان المهر ضيعة لا تساوي المهر، فإن كان في بلد جرى التعارف بذلك جاز وإلا فلا هـ. زاد في الذخيرة: وعليه الفتوى. وفيها أيضاً: وليس للأب قبض ما وهبه أو أهده الزوج للبكر البالغة قبل الدخول حتى لو قبضها بغير إذنها كان للزوج الاسترداد هـ. وأما قبض مهر الصغيرة فللأب والجد والوصي دون سائر الأولياء ولو أمًا، فلو دفعه إلى أمها فإن وصية برئ وإلا خيرت بعد بلوغها بين أخذها منه أو منها، وله أن يرجع على الأم إن أخذت منه البنت كما في المحيط وغيره. وللأب والجد المطالبة به وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها بخلاف النفقة، والقاضي كالأب إلا إذا زفت، وليس لأحد قبض مهر الثيب البالغة فلو اختلف الأب والزوج في الدخول فالقول للأب ويحلف على نفي العلم إن لم تعترف المرأة به، وله تخليفها أيضاً على أنه لم يدخل بها كما في الذخيرة. وإقرار الأب بقبض الصداق عند إنكارها وعدم البينة غير مقبول إن كانت وقته ثيباً بالغة وإلا فمقبول وإقراره أنه قبضه وهي صغيرة مع إنكارها وعدم البيان غير مقبول إن كانت وقته بالغة وإلا فمقبول ترجع على الزوج، وليس للزوج أن يرجع على الأب إلا إذا شرط براءته من الصداق وقت القبض. كما في فتح القدير وغيره. وفي الذخيرة: والحكم بين الوكيل والمدين ورب الدين في مثل هذا نظير الحكم فيما بين الأب والمرأة والزوج هـ. وفي المحيط: رجل قبض مهر ابنته من الزوج ثم ادعى عليه الرد ثانياً إن كانت المرأة بكرًا لم يصدق إلا ببينة لأن له حق القبض وليس له حق الرد، وإن كانت ثيباً

بخلاف غيره من الأولياء فإن لهم حق استردادها إلى منزلها ومنعها من الزوج حتى يدفع مهرها إلى من له حق قبضه كما في جامع الفصولين وغيره، وإذا زفت الكبيرة انقطع الأب عن قبض المهر وإن كانت بكرًا قوله: (وإلا فمقبول) أي وإن لم تكن ثيباً بالغة فأقراره مقبول وتحت هذا ثلاث صور بأن كانت بكرًا بالغة. قال في البزاية: أقر الأب بقبض الصداق إن بكرًا صدق وإن ثيباً لا اهـ. أو كانت وقته صغيرة مطلقاً ففي هذه الثلاثة يقبل، وظاهر كلام البزاية أنه لا يقبل في الثيب الصغيرة لجعله المدار على البكارة والثبوة. قال الرملي وفي جامع الفصولين: والحق أن يجعل الصغر مدار الحكم اهـ. والأكثر على إدارة الحكم على البكارة والثبوة إلا في الثيب الصغيرة فإن الحكم فيها كالصغيرة البكر. وقد نقله في جامع الفصولين عن فتاوى رشيد الدين وعن الجامع والفتاوى، ونقله هنا عن الذخير فإن تقيده بالثيب البالغة للأب ولاية قبض صداقها وهو الذي قدمه في صدر المقالة. ومثله في البزاية ومجمع الفتاوى والظهيرية وأغلب كتب الفتاوى فليكن المعول عليه. وهذا كله إن لم تنهه عن

فصل في الكفاءة

ومن نكحت غير كفء فرق الولي ورضا البعض كالكل وقبض المهر ونحوه رضا

الجنائز، وقد قدمنا قريباً أن المجنون والمجنونة البالغين إذا زوجهما الابن ثم أفاقا فإنه لا خيار لهما لأنه مقدم على الأب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن أولى.

فصل في الإكفاء

جمع كفء بمعنى النظير لغة، والمراد هنا المماثلة بين الزوجين في خصوص أمور، أو كون المرأة أدنى وهي معتبرة في النكاح لأن المصالح إنما تنتظم بين المتكافئين عادة لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخصيس بخلاف جانبها لأن الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش ومن الغريب ما في الظهيرية والكفاءة في النساء للرجال غير معتبرة عند أبي حنيفة خلافاً لهما اهـ. وذكره في المحيط وعزاه إلى الجامع الصغير لكن في الخبازية الصحيح أنها غير معتبرة من جانبها عند الكل اهـ. وهو حق الولي لا حقها فلذا ذكر الولوالجي في فتاواه: امرأة زوجت نفسها من رجل ولم تعلم أنه حر أو عبد فإذا هو عبد مأذون في النكاح فليس لها الخيار وللأولياء الخيار، وإن زوجها الأولياء برضاها ولم يعلموا أنه عبد أو حر ثم علموا لا خيار لأحدهم. هذا إذا لم يخبر الزوج أنه حر وقت العقد. أما إذا أخبر الزوج أنه حر وباقي المسألة على حالها كان لهم الخيار، ودلت المسألة على أن المرأة إذا زوجت نفسها من

فصل في الاكفاء

قوله (وذكره في المحيط وعزاه إلى الجامع الصغير) قال في النهر: وفي البدائع بعد أن ذكر اعتبارها في جانب الرجال خاصة: ومن مشايخنا من قال إنها معتبرة في جانب النساء عندهما أيضاً استدلالاً بمسألة الجامع وهي ما لو وكله أمير أن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند الإمام خلافاً لهما، ولا دلالة فيها على ما زعموا لأن عدم الجواز عندهما يحتمل أن يكون لأن المطلق فيها مقيد بالعرف والعادة أو لاعتقاد الكفاءة في تلك المسألة خاصة، وقد نص محمد على القياس والاستحسان فيها في وكالة الأصل فلم يكن دليلاً على ما ذكر اهـ. وسيأتي التعرض للمسألة الفصل قوله (وهي حق الولي لا حقها) فيه نظر بل الكفاءة حق لكل منهما يدل عليه ما في الذخيرة قبيل الفصل السادس من أن الحق في إتمام مهر المثل عند أبي حنيفة للمرأة وللأولياء كحق الكفاءة، وعندهما للمرأة لا غير اهـ. فإن قوله «كحق الكفاءة» يدل على أنه حق لكل منهما اتفاقاً لأنه من حمل المختلف على المؤتلف كما هو الأصل على ما تقرر في الأصول، وكذا يدل عليه ما يذكر المؤلف قريباً عن الظهيرية وعن الذخيرة، وأما ما ذكره عن الولوالجية فإنما لم يثبت لها الخيار وثبت للأولياء لرضاها بعدم الكفاءة من

رجل ولم تشترط الكفاءة ولم تعلم أنه كفء أم لا ثم علمت أنه غير كفء لا خيار لها، وكذلك الأولياء لو زوجها برضاها ولم يعلموا بعدم الكفاءة ثم علموا لا خيار لهم وهذه مسألة عجيبة. أما إذا شرطوا فأخبرهم بالكفاءة فزوجوها على ذلك ثم ظهر أنه غير كفء كان لهم الخيار لأنه إذا لم يشترط الكفاءة كان عدم الرضا بعدم الكفاءة من الولي. ومنها ثابتاً من وجه دون وجه لما ذكرنا أن حال الزوج محتمل بين أن يكون كفواً وبين أن لا يكون كفواً، والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة حال عدم الرضا بعدم الكفاءة من كل وجه فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه أ هـ. وفي الظهيرية: ولو انتسب الزوج لها نسباً غير نسبه فإن ظهر دونه وهو ليس بكفء فحق الفسخ ثابت للكل، وإن كان كفواً فحق الفسخ لها دون الأولياء، وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر فلا فسخ لأحد، وعن أبي يوسف أن لها الفسخ لأنها عسى تعجز عن المقام معه أ هـ. وفي الذخيرة: إذا تزوج امرأة على أنه فلان بن فلان فإذا هو أخوه أو عمه فلها الخيار أ هـ.

قوله: (من نكحت غير كفء فرق الولي) لما ذكرناه وهذا ظاهر في انعقاده صحيحاً وهو ظاهر الرواية عن الثلاثة فتبقى أحكامه من إرث وطلاق، وقدعنا أنه يشترط في هذه الفرقة قضاء القاضي، فلو قال المصنف «فرق القاضي بينهما بطلب الولي» لكان أظهر. وقدعنا أنها لا تكون طلاقاً وأن المفتي به رواية الحسن عن الإمام من عدم الانعقاد أصلاً، إذا كان لها ولي لم يرض به قبل العقد فلا يفيد الرضا بعده، فلو قال المصنف «من نكحت غير كفء بغير رضا الولي» لكان أولى. وأما تمكينها من الوطء فعلى المفتي به هو حرام كما يحرم عليه الوطء لعدم انعقاده، وأما على ظاهر الرواية ففي اللولاجية أن لها أن تمتنع نفسها أ هـ. ولا تتمكن من الوطء حتى يرضى الولي. هكذا اختار الفقيه أبو الليث وإن كان هذا خلاف ظاهر الجواب لأن من حجة المرأة أن تقول إنما تزوجت بك رجاء أن يجيز الولي والولي عسى يخاصم فيفرق بيننا فيصير هذا وطئاً بشبهة أ هـ. وفي الخلاصة: وكثير من مشايخنا أفنوا بظاهر الرواية أنها ليس لها أن تمتنع نفسها أ هـ. وهذا يدل على أن كثيراً من المشايخ أفنوا بانعقاده فقد اختلف الإفتاء. وأطلق في الولي فأنصرف إلى الكامل وهو العصبه كما قيده به في الخانية لا من له ولاية النكاح عليها لو كانت صغيرة فلا يدخل ذوو الأرحام في هذا الحكم ولا الأم ولا الأخت. كذا في فتح القدير. وفي الخلاصة والخانية: والذي يلي المرافعة هو المحارم وعند بعضهم المحارم وغيرهم سواء وهو الأصح أ هـ. يعني لا فرق في العصبه بين أن يكون

وجه حيث لم تشترطها كما أفاده آخر كلام اللولاجية قوله (وقدعنا) أي في شرح قوله «ولهما خيار الفسخ بالبلوغ» وقوله «وإن المفتي به الخ» ذكره في شرح قوله «نفذ نكاح حرة». رمي قوله (إذا كان لها ولي لم يرض به قبل العقد) قال الرمي: قيد بقوله «إذا كان لها ولي» لأنه إذا لم يكن فقد قال

محرمًا أو لا كما ذكره الولوالجي أنه المختار. وشمل كلامه ما إذا تزوجت غير كفاء بغير رضا الولي بعد ما زوجها الولي أولاً منه برضاها وفارقتها. فللولي التفريق لأن الرضا بالأول لا يكون رضا بالثاني. وشمل ما إذا كانت مجهولة النسب فتزوجت رجلاً ثم ادعاها رجل من قريش وأثبت القاضي نسبها منه وجعلها بنتاً له وزوجها حجام فلهذا الأب أن يفرق بينها وبين زوجها ولو لم يكن ذلك لكن أقرت بالرق لرجل لم يكن لمولاه أن يبطل النكاح بينهما. كذا في الذخيرة. وفيها أيضاً: لو زوج أمة له صغيرة رجلاً ثم ادعى أنها بنته ثبت لنسب والنكاح على حاله إن كان الزوج كفواً وإن لم يكن كفواً فهو في القياس لازم، ولو باعها ثم ادعى المشتري أنها بنته فكذلك اهـ. وإذا فرق القاضي بينهما فإن كان بعد الدخول فلها المسمى وعليها العدة ولها النفقة فيها، والخلوة الصحيحة كالدخول. وإن كان قبلها فلا مهر لها لأن الفرقة ليست من قبله. هكذا في الخانية وهو تفريع على انعقاده، وأما على المفتى به فينبغي أن يجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل وأن لا نفقة لها في هذه العدة كما لا يخفى. وفي الخانية: وإن زوجها الولي غير كفاء ودخل بها ثم بانت منه بالطلاق ثم زوجت نفسها هذا الزوج بغير ولي ثم فرق القاضي بينهما قبل الدخول كان على الزوج كل المهر الثاني وعليها عدة في المستقبل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا مهر على الزوج وعليها بقية العدة الأولى، وذكر لها نظائر تأتي في كتاب العدة، وينبغي أن يكون تفريعاً على ظاهر الرواية، أما على المفتى به فإنه لا يجب المهر الثاني بالاتفاق لأنه نكاح فاسد كما صرح به في الخانية فيما إذا كان النكاح الثاني فاسداً. وقيد بالنكاح لأن له المراجعة إذا طلقها رجعيًا بعد ما زوجها الولي غير كفاء برضاها. كذا في الذخيرة.

قوله: (ورضا البعض كالكل) أي ورضا بعض الأولياء المستويين في الدرجة كرضا كلهم حتى لا يتعرض أحد منهم بعد ذلك. وقال أبو يوسف: لا يكون كالكل كما إذا أسقط أحد الدائنين حقه من المشترك، ولهما: إنه حق واحد لا يتجزأ لأنه ثبت بسبب لا يتجزأ فيثبت لكل على الكمال كولاية الأمان. قيدنا بالاستواء احترازاً عما إذا رضي الأبعد فإن للأقرب الاعتراض. كذا في فتح القدير وغيره. وقيد بالرضا لأن التصديق بأنه كفاء من البعض لا يسقط حق من أنكرها. قال في المبسوط: لو ادعى أحد الأولياء أن الزوج كفاء وأثبت الآخر أنه ليس بكفاء يكون له أن يطالبه بالتفريق لأن المصدق ينكر سبب الوجوب

الشيخ قاسم: وينبغي أن يقيد عدم الصحة المفتى به بما إذا كان لها أولياء أحياء لأن عدم الصحة إنما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعاً لضررهم فانهم. يتضررون، أما ما يرجع إلى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفاء اهـ. قلت: قد صرح بذلك المؤلف هناك ونقل الاتفاق عليه حيث قال: وهذا كله إذا كان لها أولياء، أما إذا لم يكن لها ولي فهو صحيح مطلقاً اتفاقاً.

لا السكوت والكفاءة تعتبر نسباً فقريش أكفاء والعرب أكفاء وحرية وإسلاماً وأبوان

وإنكار سبب وجوب الشيء لا يكون إسقاطاً له ١ هـ. وفي الفوائد التاجية: أقام وليها شاهدين بعدم الكفاءة أو أقام زوجها بالكفاءة قال: لا يشترط لفظ الشهادة لأنه إخبار ذكره عن القاضي بديع الدين في الشهادة. وأطلق في الرضا فشمّل ما إذا رضي بعضهم به قبل العقد أو رضي به بعده كما في القنية، وقد قدمنا بحثاً في أنه لو قال لها قبل العقد رضيت بتزوجك من غير كفاء ولم يعين أحداً أو قال رضيت به بعد العقد ولم يعرفه أنه ينبغي أن لا يكون رضا معتبراً لما صرح به في الخانية وغيرها من أن الرضا بالمجهول لا يتحقق قوله: (وقبض المهر ونحوه رضا) لأنه تقرير لحكم العقد وأراد بنحوه كل فعل دل على الرضا. وأطلق في قبض المهر فشمّل ما إذا جهزها به أولاً، أما إن جهزها به فهو رضا اتفاقاً، وإن لم يجهزها ففيه اختلاف المشايخ. والصحيح أنه رضا كما في الذخيرة، ودخل في نحوه ما إذا خاصم الزوج في نفقتها وتقرير مهرها عليه بوكالة منها كان ذلك منه رضا وتسليماً للعقد استحساناً. وهذا إذا كان عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي قبل مخاصمة الولي إياه، فأما إذا لم يكن عدم الكفاءة ثابتاً عند القاضي قبل مخاصمة الولي إياه لا يكون رضا بالنكاح قياساً واستحساناً. كذا في الذخيرة قوله: (لا السكوت) أي لا يكون سكوت الولي رضا لأنه محتمل فلا يجعل رضا إلا في مواضع مخصوصة ليس هذا منها. أطلقه فشمّل ما إذا ولدت فله حق الفسخ بعد الولادة كما في مبسوط شيخ الإسلام، وكما في المعراج، لكن قيده الشارحون بعدم الولادة، فلو ولدت فليس له حق الفسخ، وظاهر كلامهم أنه المذهب الصحيح ولذا اختاره في الخلاصة وكأنه للضرر الحاصل بالفسخ، وينبغي أن يكون الحبل الظاهر كالولادة. وشمّل ما إذا طالت المدة كما في الخلاصة. وذكر في الذخيرة: امرأة تحت رجل هو ليس بكفاء لها فخاصمه أخوها في ذلك وأبوها غائب غيبة منقطعة أو خاصمه ولي آخر غيره أولى منه وهو غائب عنه غيبة منقطعة فادعى الزوج أن الولي الأولى زوجه، يؤمر بإقامة البينة وإلا فرق بينهما، فإن أقام بينة على ذلك قبلت بينته وأجزتها على الأولى يعني الأول الذي هو أولى لأن هذا خصم ١ هـ.

قوله: (الكفاءة تعتبر نسباً فقريش أكفاء والعرب أكفاء وحرية وإسلاماً وأبوان فيهما كالأباء وديانة ومالاً وحرقة) لأن هذه الأشياء يقع بها التفاخر فيما بينهم فلا بد من اعتبارها. وتعتبر الكفاءة عند ابتداء العقد وزوالها بعد ذلك لا يضر، ولذا قال في الظهيرية: ولو تزوجها وهو كفاء لها ثم صار فاجراً داعراً لا يفسخ النكاح ١ هـ. وقد ذكر المصنف اعتبارها في ستة أشياء: الأولى النسب وهو معروف، وأما العرب فهم خلاف العجم وأحدهما عربي،

قوله (وأجزتها على الأولى) ضمير المتكلم في قوله «وأجزتها» للإمام محمد فإن المسألة في

والأعراب أهل البادية وأحدهم أعرابي، وجمع الأعراب أعراب، وقيل العرب جمع عربة بالهاء وهي النفس. والعربي أيضاً المنسوب إلى العرب قال تعالى ﴿قَرَأْنَا عَرَبِيًّا﴾ [يوسف: ٢] كذا في ضياء الحلوم. وفيه: التقرش الاكتساب، والتقرش التجمع وبذلك سميت قريش لاجتماعهم بمكة، وتقرش الرجل إذا انتسب إلى قريش ١ هـ. ثم القرشيان من جمعها أب هو النضر بن كنانة فمن دونه، ومن لم ينسب إلا لأب فوqe فهو عربي غير قرشي. والنضر هو الجد الثاني عشر للنبي ﷺ فإنه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة ابن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان. اقتصر البخاري في نسب رسول الله ﷺ على عدنان. والأئمة الأربعة الخلفاء رضي الله عنهم أجمعين كلهم من قريش لانسابهم إلى النضر فمن دونه، وليس فيهم هاشمي إلى علي رضي الله عنه فإن الجد الأول للنبي ﷺ جده فإنه علي بن أبي طالب بن عبد المطلب فهو من أولاد هاشم. وأما أبو بكر الصديق رضي الله عنه فإنه يجتمع مع رسول الله ﷺ في الجد السادس وهو مرة فإنه عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمر بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة. وأما عمر بن الخطاب رضي الله عنه فإنه يجتمع مع رسول الله ﷺ في الجد السابع وهو كعب فإنه عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رياح بن عبد الله بن قرط بن وراح بن عدى بن كعب ورياح بكسر الراء وبالياء تحتها نقطتان. وأما عثمان رضي الله عنه فيجتمع مع النبي ﷺ في الجد الثالث وهو عبد مناف فإنه عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف. وبهذا استدل المشايخ على أنه لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش وهو المراد بقوله «فقريش أكفاء» حتى لو تزوجت هاشمية قرشياً غير هاشمي لم يرد عقدها، وإن تزوجت عربياً غير قرشي لهم رده كتزويج العربية عجمياً. ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ زوج بنته من عثمان وهو أموي لا هاشمي، وزوج علي رضي الله عنه بنته أم كلثوم من عمر وكان عدوياً لا هاشمياً، فاندفع بذلك قول محمد من أنه تعتبر الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ أهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين، هذا إن قصد به عدم المكافأة لا إن قصد به تسكين الفتنة.

الذخيرة مصدرة بقوله في المنتقى «إبراهيم عن محمد في امرأة تحت رجل الخ» وقوله يعني الأول الذي في الذخيرة يعني على الولي الذي هو أولى.

قوله (حتى لو تزوجت هاشمية قرشياً غير هاشمي لم يرد عقدها) قال الرملي: وفي الفيض للكركي: والقرشي لا يكون كفواً للهاشمي ١ هـ. ومثل ما في هذا الشرح في التبيين وكثير من شروح الكنز والهداية والتارخانية وغالب المعبرات فلعل كلمة «لا» في الفيض من زيادة النسخ تنبه قوله (فاندفع بذلك قول محمد) قال الرملي: المفهوم من كلام الزيلعي والعيني ومنلا مسكين والنهر وكثير

وأفاد المصنف أن غير العربي لا يكافئ العربي وإن كان حسيباً أو عالماً لكن ذكر قاضيه خان في جامعه قالوا: الحسيب يكون كفتناً للنسب فالعالم العجمي يكون كفتناً للجاهل العربي والعلوية لأن شرف العلم فوق شرف النسب والحسب مكارم الأخلاق في المحيط عن صدر الإسلام: الحسيب الذي له جاه وحشمة ومنصب. وفي الينابيع: الأصح أنه ليس كفتناً للعلوية. وأصل ما ذكره المشايخ من ذلك ما روي عن أبي يوسف أن الذي أسلم بنفسه أو أعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفتناً له. كذا في فتح القدير. وكله تفقهات المشايخ، وظاهر الرواية أن العجمي لا يكون كفتناً للعربية مطلقاً. قال في المبسوط: أفضل الناس نسباً بنو هاشم ثم قريش ثم العرب لما روي عن محمد بن علي عليه السلام أن الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشاً واختار منهم بني هاشم واختارني من بني

أنها رواية عنه قوله (قالوا الحسيب الخ) قال الرملي: لا يخفى على أخي الفقه ما في قوله قالوا من التبري تأمل قوله (وكله تفقهات المشايخ الخ) قال الرملي قال في مجمع الفتاوى: العالم يكون كفتناً للعلوية لأن شرف الحسب أقوى من شرف النسب، وعن هذا قيل: إن عائشة أفضل من فاطمة رضي الله تعالى عنهما لأن لعائشة شرف العلم. كذا في المحيط. أقول: وقد جزم به صاحب المحيط وارتضاه كما ارتضاه في فتح القدير. ثم قال في النهر: وقد ارتضاه في فتح القدير وجزم به البزازی وجزم به في الفيض وجامع الفتاوى وذكره في الخلاصة بصيغة قال بعض المشايخ: وقد جعله صاحب الغرر متناً. وفي تنوير الأبصار العجمي: لا يكون كفتناً للعربية ولو عالماً وهو الأصح اهـ. قال في شرحه: كذا في الفتح نقلاً عن الينابيع. أقول: وقد أخذ من البحر فتحرر أن فيه اختلافاً ولكن حيث صح أن ظاهر الرواية أنه لا يكافئها فهو المذهب وخصوصاً وقد نص في الينابيع أنه لا يصح تأمل. اهـ كلام الرملي. أقول: الثابت في ظاهر الرواية أن العجمي لا يكون كفتناً للعربية، وهذا وإن كان ظاهره الإطلاق لكن قيده المشايخ بغير العالم وكم له من نظير حيث يكون اللفظ مطلقاً فيحملونه على بعض مدلولاته أخذاً من قواعد مذهبية أو مسائل فرعية أو أدلة شرعية أو عقلية. وقد أفتى في آخر الفتاوى الخيرية في قرشي جاهل تقدم على عالم في مجلس بأنه يحرم إذ كتب العلماء طافحة بتقدم العالم على القرشي ولم يفرق سبحانه وتعالى بين القرشي وغيره في قوله ﴿هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون﴾ [الزمر: ٩] الخ وحيث جزم بهذا في مجمع الفتاوى والمحيط والبزازی والفيض وارتضاه المحقق ابن الهمام يجوز العمل به، ولا يقال إنه يخالف لظاهر الرواية. وأما ما صححه في الينابيع فهو مبني على تفسير الحسيب بذي المنصب والجاه لا على تفسيره بالعالم والله أعلم قوله (قال في المبسوط أفضل الناس نسباً الخ) قال الرملي: فهم صاحب النهر أنه أورده دليلاً لدعاه فقال: ولا يخفى أن هذا لا دلالة فيه إذ كون شرف الحسب يوازي شرف النسب لا يتنافي كون بني هاشم أفضل نسباً، نعم الحسيب قد يراد به ذو المنصب والجاه كما فسره به في المحيط عن صدر الإسلام وهذا ليس كفتناً للعلوية كما في الينابيع اهـ. وأنت على علم بأنه وإن ذكره تلوه لا يدل

هاشم ا هـ. ولم يذكر المصنف الموالي لأن المراد بالمولى هنا ما ليس بعربي وإن لم يمسه رق لأن العجم لما ضلوا أنسابهم كان التفاخر بينهم في الدين كما في الفتح، أو لأن بلادهم فتحت عنوة بأيدي العرب فكان للعرب استرقاقهم فإذا تركوهم أحراراً فكأنهم أعتقوهم. والمولى هم المعتقون كما في التبيين، أو لأنهم نصرروا العرب على قتل الكفار من أهل الحرب. والناصر يسمى مولى قال تعالى ﴿وإن الكافرين لا مولى لهم﴾ [محمد: ١١] كما في غاية البيان. والحاصل أن النسب المعتبر هنا خاص بالعرب. وأما العجم فلا يعتبر في حقهم ولذا كان بعضهم كفتاً لبعض. وأما معتق العربي فهو ليس بكفاء لمعتق العجمي كما سيأتي في الحرية. وأطلق المصنف في العرب فأفاد أن بني باهلة كفاء لبقية العرب غير قريش. وفي الهداية: وبنو باهلة ليسوا بكفاء لعامة العرب لأنهم معروفون بالخساسة ا هـ. قالوا: لأنهم كانوا يستخرجون النفي من عظام الموتى ويطبخون العظام ويأخذون الدسومات منها ويأكلون بقية الطعام مرة ثانية. ورده في فتح القدير بأنه لا يخلو من نظر فإن النص لم يفصل مع أن النبي ﷺ كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم. وقد أطلق في قوله العرب بعضهم كفاء لبعض وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الأجواد. وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل ا هـ. فالحق الإطلاق. وباهلة في الأصل اسم امرأة من همدان والتأنيث للقبيلة، سواء كان في الأصل اسم رجل أو اسم امرأة. كذا في الصحاح. وقال في الديوان: الباهلة قبيلة من قبيلة القيس. وفي القاموس: باهلة قوم.

وأما الثاني والثالث - أعني الحرية والإسلام - فهما معتبران في حق العجم لأنهم يفتخرون بهما دون النسب، وهذا لأن الكفر عيب، وكذا الرق لأنه أثره، والحرية والإسلام زوال العيب فيفتخر بهما دون النسب فلا يكون من أسلم بنفسه كفتاً لمن لها أب في الإسلام، ولا يكون من له أب واحد كفتاً لمن لها أبوان في الإسلام، ومن له أبوان في الإسلام كفاء لمن لها آباء كثيرة فيه وهو المراد بقوله «وأبوان فيهما كالآباء» أي في الإسلام والحرية وهي نظير الإسلام فيما ذكرنا فلا يكون العبد كفتاً لحره الأصل. وكذا المعتق، لا يكون كفتاً لحره أصلية، والمعتق أبوه لا يكون كفتاً لمن له أبوان في الحرية. كذا في المعراج. وظاهره أن العبد كفاء للمعتقة وفيه تأمل. وفي المجتبى: معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضع. وفي التجنيس: لو كان أبوها معتقاً وأمها حرة الأصل لا يكافئها المعتق لأن فيه أثر

على أنه أورده لذلك بل لفائدة معرفة التفاضل في الأنساب وإلا يشكل بتأخير قريش عن بني هاشم، وقد علمت فيما سبق أنه لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش حتى لو تزوجت هاشمية قرشياً لم يرد عقدها تأمل.

قوله (لا يكافئها معتق الوضع أما الموالي فإنه يكافئها) قال في الذخيرة: وفي شرح الطحاوي

الرق وهو الولاء، والمرأة لما كانت أمها حرة الأصل كانت هي حرة الأصل. وفي فتح القدير: واعلم أنه لا يبعد كون من أسلم بنفسه كفواً لمن عتق بنفسه اه. قيدنا اعتبارهما في حق العجم لما في التبيين وغيره أن أبا حنيفة وصاحبيه اتفقوا أن الإسلام لا يكون معتبراً في حق العرب لأنهم لا يتفاخرون به وإنما يتفاخرون بالنسب اه. فعلى هذا لو تزوج عربي له أب كافر بعربية لها آباء في الإسلام فهو كفء، وأما الحرية فهي لازمة للعرب لأنه لا يجوز استرقاقهم، فعلى هذا فالنسب معتبر في حق العرب فقط، وأما الحرية والإسلام فمعتبران في حق العرب والعجم بالنسبة إلى الزوج، وأما بالنسبة إلى أبيه وجده فالحرية معتبرة في حق الكل أيضاً، وأما الإسلام فمعتبر في العجم فقط. وفي القنية: رجل ارتد والعياذ بالله ثم أسلم فهو كفء لمن لم يجر عليها ردة اه. وأما الرابع وهو الديانة ففسرها في غاية البيان بالتقوى والزهد والصلاح، وإنما لم يقل والدين لأنه بمعنى الإسلام فيلزم التكرار. وإن أريد بالأول إسلام الآباء وهنا إسلام الزوج لم يصح لأن إسلام الزوج ليس من الكفاءة وإنما هو شرط جواز النكاح. واعتبار التقوى فيها قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه. وقال محمد: لا تعتبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يصفع ويسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به. كذا في الهداية. وفي فتح القدير معزياً إلى المحيط إن الفتوى على قول محمد ولعله المحيط لبرهاني فإنه لم أجده في المحيط الرضوي وهو موافق لما صححه في المبسوط من أنها لا تعتبر عند أبي حنيفة وتصحيح الهداية معارض له، فالإفتاء بما في المتون أولى فلا يكون الفاسق كفواً للصالحة بنت الصالحين، سواء كان معلناً

معتقاً أشرف القوم تكون كفواً للموالي لأن لها شرف الولاء وللموالي شرف إسلام الآباء قوله (وفي فتح القدير واعلم أنه لا يبعد الخ) مقتضاه أنه بحث له، ورأيت في الذخيرة ما صورته: ذكر ابن سماعة في الرجل يسلم والمرأة معتقة أنه كفء لها اه. والظاهر أن مثله ما لو كانت المرأة قد أسلمت والرجل معتق لكن بشرط أن لا يكون إسلامه طارئاً بل يكون مسلم الأصل بأن يكون أبوه إسلامه تبعاً لإسلام أبويه ثم يعتق هو وحده، أما لو كان إسلامه طارئاً فيكون فيه أثر الكفر وأثر الرقية معاً فلا يكون كفواً للحررة التي أسلمت. تأمل قوله (فعلى هذا فالنسب معتبر الخ) حاصله أن النسب معتبر في العرب فقط، وإسلام الأب والجد في العجم فقط، والجزية في العرب والعجم، وكذا إسلام نفس الزوج قوله (وفي فتح القدير معزياً إلى المحيط أن الفتوى على قول محمد) الذي في التتارخانية عن المحيط: وقيل وعليه الفتوى. ومثله في الرمز معزياً إلى المحيط البرهاني وكذا في الذخيرة عبر بـ«قيل» قوله (فإنهم قالوا لا يكون الفاسق كفواً للصالحة بنت الصالحين) لفظ الصالحة زائد من الكاتب فإن الذي في شروح الهداية كالفتح والمعراج وغاية البيان: لو نكحت امرأة من بنات

بالفسق أو لا كما في الذخيرة. ووقع لي تردد فيما إذا كانت صالحة دون أبيها أو كان أبوها صالحاً دونها هل يكون الفاسق كفتاً لها أو لا؟ فظاهر كلام الشارحين أن العبرة لصالح أبيها وجدها فإنهم قالوا: لا يكون الفاسق كفتاً للصالحة بنت الصالحين واعتبر في المجمع صلاحها فقال: فلا يكون الفاسق كفتاً للصالحة. وفي الخانية: لا يكون الفاسق كفتاً للصالحة بنت الصالحين فاعتبر صلاح الكل. والظاهر أن الصلاح منها أو من آبائها كافٍ لعدم كون الفاسق كفتاً لها ولم أره صريحاً. وظاهر كلامهم أن التقوى معتبرة في حق العرب والعجم فلا يكون العربي الفاسق كفتاً للصالحة، عربية كانت أو عجمية وأما الخامس فالمال أطلقه فأفاد أنه لا بد من التساوي فيه وهو قول أبي بكر الإسكاف.

قال في النوازل عنه: إذا ان للرجل عشرة آلاف درهم يريد أن يتزوج امرأة لها مائة ألف وأخوها لا يرضى بذلك قال: لأخيها أن يمنعها من ذلك ولا يكون كفتاً. وجعله في المجتبى قول أبي حنيفة. وقيده في الهداية بأن يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى إن من لا يملك أحدهما لا يكون كفتاً لأن المهر بدل البضع فلا بد إيفائه، وبالنفقة قوام الأزواج ودوامه. والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه مؤجل عرفاً اهـ. وصححه في التبیین. ودخل في النفقة الكسوة كما في المعراج والعناية. وذكر الولوالجي: رجل ملك ألف درهم فتزوج امرأة بألف درهم وعليه دين ألف درهم ومهر مثلها ألف جاز النكاح وهذا الرجل كفء لها وإن كانت الكفاءة بالقدرة على المهر

الصالحين فاسقاً كان للأولياء حق الرد اهـ. قوله (والظاهر أن الصلاح منها أو من آبائها كاف) قال في النهر: ما في الخانية يقتضي اعتبار الصلاح من حيث الآباء فقط حيث قال: إذا كان الفاسق محترماً معظماً عند الناس كأعوان السلطان يكون كفتاً لبنات الصالحين ثم قال: وقال بعض مشايخ بلخ: لا يكون كفتاً لبنت الصلاح معلنا كان أو لا، وهو اختيار ابن الفضل وهذا هو الظاهر، ويؤيده ما مر عن المحيط، وحيث فلا اعتبار بفسقها والله تعالى الموفق اهـ. ولا يخفي أن ما ذكره المؤلف عن الخانية أيضاً يقتضي اعتباره من جهتها أيضاً فالواجب التوفيق بما قاله المؤلف أو باشتراط الصلاح من الجهتين، ويؤيده قول القهستاني في شرح قوله «فليس فاسق كفتاً لبنت صالح» ما نصه: وهي صالحة وإنما لم يذكر لأن الغالب أن تكون البنت صالحة بصلاحه اهـ. فجعل صلاحها شرطاً كصلاح آبائها وعليه يحمل كلام الشارحين. ثم رأيت في الرمز صرح بذلك حيث قال: قلت: اقتصارهم بناء على أن صلاحها يعرف بصلاحتهم لخفاء حال المرأة غالباً لا سيما الأبنكار والصغائر اهـ. وفي الحواشي يعقوبية: قوله «فليس فاسق كفء بنت صالح» فيه كلام وهو أن بنت الصالح يحتمل أن تكون فاسقة فيكون كفتاً كما صرحوا به، والأولى ما في المجمع وهو أن الفاسق ليس كفتاً للصالحة إلا أن يقال: الغالب أن بنت الصالح صالحة وكلام المصنف بناء على الغالب قوله (وظاهر كلامهم أن التقوى معتبرة الخ) قال في النهر: صرح بهذا في إيضاح الإصلاح على أنه المذهب قوله

لأن هذا الرجل قادر على المهر فإنه يقضي أي الدينين شاء بذلك اهـ. واختلفوا في قدر النفقة، فقليل يعتبر نفقة ستة أشهر، وقيل نفقة شهر وصححه في التجنيس. وفي المجتبى: والصحيح أنه إذا كان قادراً على النفقة على طريق الكسب كان كفوً اهـ. فقد اختلف التصحيح وتصحيح المجتبى أظهر كما لا يخفى. وفي الذخيرة: إذا كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه يكون كفوً، وإن لم يجد نفقتها لا يكون كفوً وإن كانت فقيرة. ولو كانت الزوجة صغيرة لا تطبق الجماع فهو كفء وإن لم يقدر على النفقة لأنه لا نفقة لها. وفي المجتبى: والصبي كفء بغنى أبيه وهو الأصح اهـ. يعني بالنسبة إلى المهر، وأما في النفقة فلا يعد غنياً بغنى أبيه لأن العادة أن الآباء يتحملون المهر عن الأبناء ولا يتحملون النفقة. كذا في الذخيرة والواقعات. وفي التبيين: وقيل إن كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفوً وإن لم يملك إلا النفقة لأن الخلل ينجر به ومن ثم قالوا: الفقيه العجمي يكون كفوً للعربي الجاهل اهـ. وظاهر كلامهم أن القدرة على المهر والنفقة لا بد منه في كل زوج عريباً كان أو عجمياً لكل امرأة ولو كانت فقيرة بنت فقراء كما صرح به في الواقعات معللاً بأن المهر والنفقة عليه فيعتبر هذا الوصف في حقه اهـ. ففي إدخال القدرة عليهما في الكفاءة إشكال لأن الكفاءة الماثلة، وهذا شرط في حق الزوج فقط لكن قدمنا أنها شرعاً الماثلة أو كون المرأة أدنى. وأما السادس فالكفاءة في الحرفة - بالكسر - وهي كما في ضياء الحلوم بكسر الحاء وسكون الراء اسم من الاحتراف وهو الاكتساب بالصناعة والتجارة. وقال في موضع آخر: الصناعة الحرفة اهـ. والظاهر أن الحرفة أعم من الصناعة لأنها العلم الحاصل من التمرن على العمل ولذا عبر المصنف بالحرفة دون الصناعة، لكن قال في القاموس: الحرفة بالكسر الطعمة والصناعة يرتزق منها وكل ما اشتغل الإنسان به وهي تسمى صنعة وحرفة لأنه ينحرف إليها اهـ. فأفاد أنهما سواء. وقد حقق في غاية البيان أن اعتبار الكفاءة في الصنائع هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه

(فقليل يعتبر نفقة ستة أشهر) نقله في التارخانية عن المتقى عن محمد ونقل في الخانية والتجنيس عن بعضهم نفقة سنة قوله (وتصحيح المجتبى أظهر) جمع بين القولين في النهر فقال: ولو قيل إن كان غير محترف فنفقة شهر وإلا فأن يكتسب كل يوم قدر ما يحتاج إليه لكان حسناً. ثم رأيت في الخانية نقل ما في المجتبى عن الثاني ثم قال: والأحسن في المحترفين قوله وهذا يشير إلى ما قلنا قوله (وقد حقق في غاية البيان الخ) أقول وقال أيضاً في البدائع: وأما الحرفة فقد ذكر الكرخي أن الكفاءة فيها معتبرة عند أبي يوسف، وذكر أن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليتهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها. وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد وأنهم يتخذون ذلك حرفة فيعيرون بالدين من الصنائع فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة اهـ. قلت: ومقتضى هذا أن العرب إذا كانوا محترفين بأنفسهم تعتبر فهم الكفاءة في الحرفة أيضاً قوله (لكن ما

لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعبدون بدناءتها وهي وإن أمكن تركها يبقى عارها كما في المجتبى . وفي الذخيرة معزياً إلى أبي هريرة رضي الله عنه : الناس بعضهم أكفاء لبعض إلا حائكاً أو حجاماً - وفي رواية - أو دباغاً . قال مشايخنا : ورابعهم الكناس فواحد من هؤلاء الأربعة لا يكون كفتاً للصيرفي والجوهري وعليه الفتوى . وبعد هذا المروي عن أبي يوسف أن الحرف متى تقاربت لا يعتبر التفاوت وتثبت الكفاءة ، فالحائك يكون كفتاً للحجام ، والدباغ يكون كفتاً للكناس ، والصفار يكون كفتاً للحداد ، والطار يكون كفتاً لليزاز . قال شمس الأئمة الحلواني : وعليه الفتوى اهـ . فالفقهاء به مخالفاً لما في المختصر لأن حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق إلى بكونهما من صنعة واحدة إلا أن التقارب بمنزلة المماثلة فلا مخالفة .

وفي فتح القدير : والحائك يكون كفتاً للطار بالأسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصاً ألته اللهم إلا أن يقترب بها خسارة غيرها اهـ . وينبغي أن يكون صاحب الوظائف في الأوقاف كفتاً لبنت التاجر في مصر إلا أن تكون وظيفة دينية عرفاً كسواق وفراش ووقاد وبواب ، وتكون الوظائف من الحرف لأنها صارت طريقاً للاكتساب في مصر كالصنائع اهـ . وينبغي أن من له وظيفة تدريس أو نظر يكون كفتاً لبنت الأمير بمصر . وفي القنية : الحائك لا يكون كفتاً لبنت الدهقان وإن كان معسراً ، أو قيل هو كفاء اهـ . وفي المغرب : غلب اسم الدهقان على من له عقار كثيرة . وفي المجتبى : وهنا جنس أخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكيراً وتابعاً وإن كان صاحب مروءة ومال فظلمه خسارة اهـ . وفي الظهيرية : والشاكير لا يكون كفتاً لأحد إلا لأمثالهم وهم الذين يتبعون هؤلاء المترفين . هكذا قاله شمس الأئمة الحلواني اهـ . ولا يخفى أن الظاهر اعتبار هذه الكفاءة بين الزوج وأبيها وأن الظاهر اعتبارها وقت الزوج ، فلو كان دباغاً أولاً ثم صار تاجراً ثم تزوج بنت تاجر أصلي ينبغي أن يكون كفتاً لكن ما تقدم من أن الصنعة وإن أمكن تركها يبقى عارها يخالفه كما لا يخفى . وقد أشار المصنف باقتصاره على الأمور الستة إلى أنه لا يعتبر غيرها فلا عبرة بالجمال كما في الخانية ، ولا يعتبر فيها العقل فالمجنون كفاء للعاقلة وفيه

تقدم من أن الصنعة (الخ) قال في النهر : المخالفة مبنية على تسلم كونه كفتاً ولقائل منعه لقيام المانع به وهو بقاء عار الحرفة السابقة ، واعتبارها وقت العقد معناه أنه لو كان وقته كفواً ثم صار فأجرأ داعراً لا يفسخ النكاح كما صرح به غير واحد ، ولو قيل إنه إن بقي عارها لم يكن كفواً وإن تناسى أمرها لتقدم زمانها كان كفواً لكان حسناً قوله (وفيه اختلاف بين المشايخ) قال في النهر : وقيل يعتبر لأنه يفوت مقاصد النكاح نكان أشد من الفقر ودناءة الحرفة وينبغي اعتماده لأن الناس يعيرون بتزويج المجنون أكثر من دناءة الحرفة الدنيئة . وفي البناية عن المرغيناني : لا يكون المجنون كفواً للعاقلة . وعند بقية الأئمة هو من العيوب التي يفسخ بها النكاح .

فيهما كالأبَاء وديانة ومالاً وحرفة ولو نقصت من مهر مثلها فللولي أن يفرق بينهما أو

اختلاف بين المشايخ كما في الذخيرة، ولا عبرة بالبلد فالقروي كفاء للمدني كما في فتح القدير. فعلى هذا التاجر في القرى يكون كفتاً لبنت التاجر في المصر للتقارب. ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر كما سيأتي، ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة، فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفتاً لم يفرق بل هم أكفاء بعضهم لبعض. قال في الأصل: إلا أن يكون نسباً مشهوراً كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فإنه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مأمور بتسكينها بينهما كما بين المسلمين.

قوله: (ولو نقصت عن مهر مثلها للولي أن يفرق بينهما أو يتم المهر) يعني عند أبي حنيفة. وقال: ليس له ذلك لأن ما زاد عن العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما في الإبراء بعد التسمية. ولأبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعبرون بنقصانها فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يعبر به، فحاصله أن في المهر حقوقاً ثلاثة: أحدها حق الشرع وهو أن لا يكون أقل من عشرة دراهم أو ما يساويها والثاني حق الأولياء وهو أن لا يكون أقل من مهر المثل. والثالث حق المرأة وهو كونه ملكاً لها. ثم حق الشرع والأولياء مراعى وقت الثبوت فقط فلا حق لهما حالة البقاء. وأفاد بقوله «الولي أن يفرق» أن الولي لو فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها المسمى، وكذا إذا مات أحدهما قبل التفريق فليس لهم المطالبة بالتكميل لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل، فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ، وإن طلقها الزوج قبل تفريق الولي قبل الدخول فلها نصف المسمى كما في المحيط. والمراد من الولي هنا العصبية وإن لم يكن محرماً على المختار كما قدمناه في الكفاءة فخرج القريب الذي ليس بعصبية، وخرج القاضي فلذا قال في الذخيرة من كتاب الحجر المحجور عليها: إذا تزوجت بأقل من مهر مثلها ليس للقاضي الاعتراض عليها لأن الحجر في المال لا في النفس اهـ.

قوله: (ولو زوج طفله غير كفاء أو بغبن فاحش صح ولم يجز ذلك لغير الأب والجد) يعني لو زوج الأب الصاحي ولده الصغير أمة أو بنته الصغيرة عبداً أو زوجه وزاد على مهر المثل زيادة فاحشة أو زوجها ونقص عن مهر مثلها نقصاناً فاحشاً فهو صحيح من الأب والجد دون غيرهما عند أبي حنيفة، ولم يصح العقد عندهما على الأصح لأن الولاية مقيدة بشرط

قوله (يعني لو زوج الأب الصاحي) قال الرمي: لو زاد على هذا الذي لم يعرف بسوء الاختيار لكان أولى كما سيظهر مما يأتي قوله (ولم يصح العقد عندهما على الأصح لأن الولاية النخ) قال في النهر: هذا موافق لما قدمناه عن المحيط وغيره من اعتبار الكفاءة في جانبها بخلاف لما مر عن الخبازية من عدم اعتبارها عند الكل. قال في الحواشي السعدية: ولعلمهما يعتبران الكفاءة بالحرية من جانبها

يتم المهر ولو زوج طفله غير كفاء أو بغبن فاحش صح ولم يجوز ذلك لغير الأب والجد.

النظر فعند فواته يبطل العقد، وله أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر والكفاءة. قيد بالغبن الفاحش لأن الغبن اليسير في المهر معفو اتفاقاً. كذا في غاية البيان. وقيد بالنكاح لأن في التصرفات المالية كالبيع والشراء والإجارة والاستتجار والصلح في دعوى المال لا يملك الأب والجد بغبن فاحش بالإجماع لأن المقصود المال وقد حصل النقصان فيه بلا جابر فلم يجوز، وفي النكاح وجد الجابر وهو ما قلنا من المقاصد. وأطلق في الأب والجد وقيد الشارحون وغيرهم بأن لا يكون معروفاً بسوء الاختيار حتى لو كان معروفاً بذلك مجاناً وفسقاً فالعقد باطل على الصحيح. قال في فتح القدير: ومن زوج ابنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق فهو ظاهر سوء اختياره ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارضه ظهور إرادة مصلحة تفوت ذلك نظراً إلى شفقة الأبوة اهـ. فظاهر كلامهم أن الأب إذا كان معروفاً بسوء الاختيار لم يصح عقده بأقل من مهر المثل، ولا بأكثر في الصغير بغبن فاحش، ولا من غير الكفاءة فيهما، سواء كان عدم الكفاءة بسبب الفسق أو لا، حتى لو زوج بنته من فقير أو محترف حرفة دنيئة ولم يكن كفوئاً فالعقد باطل، فقصر المحقق ابن الهمام كلامهم على الفاسد مما لا

دون غيرها لأن رقية الزوجة تستتبع رقية أولادها اهـ. وهذا يرشد إليه تصويرهم المسألة بما إذا زوجه أمة إلا أن الظاهر اعتبارها في جانبها عندهما مطلقاً على ما مر قوله (لأن الغبن اليسير في المهر معفو) الغبن اليسير هو ما يتغابن الناس فيه أي ما يغبن فيه بعضهم بعضاً بأن يتحملوه ولا يعده كل أحد غبناً بخلاف الفاحش وهو ما لا يتغابن الناس فيه. قال في الجوهرة: والذي يتغابن فيه في النكاح ما دون نصف المهر. كذا قال شيخنا موفق الدين، وقيل ما دون العشر اهـ. فعلى الثاني نقصان تسعة من المائة يسير، ونقصان عشرة منها فاحش. وعلى الأول نقصان تسعة وأربعين من المائة يسير، ونقصان خمسين فاحش، والأقرب القول الثاني كما لا يخفى اهـ. تأمل قوله (وقيد الشارحون وغيرهم بأن لا يكون النخ) قدم في شرح قوله «ولا لكافر على مسلم» قيد بالكفر لأن الفسق لا يسلب الأهلية عندنا على المشهور وهو المذكور في المنظومة اهـ. كذا قاله الرملي. قلت: ولا يخالف ما هنا كما هو ظاهر لأن ذاك في بقاء الأهلية مع شرطه وهو تزويجه من كفاء بمهر المثل، وما هنا في نفي الجواز عند فقد الشرط المذكور، ومقتضاه أنه لو كان معروفاً بسوء الاختيار فزوج من كفاء بمهر المثل يصح إذ لم يظهر منه ما ينافي الشفقة قوله (حتى لو كان معروفاً بذلك مجاناً وفسقاً) في المغرب: الماجن الذي لا يبالي ما يصنع وما قيل له، ومصدره المجون، والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب اهـ. وفي شرح المجمع لابن ملك: حتى لو عرف من الأب سوء الاختيار لسفهه أول لطمعه لا يجوز عقده اتفاقاً قوله (فقصر المحقق ابن الهمام النخ) أقر ما اقتضاه كلام المحقق من أنه يظهر سوء اختياره

ينبغي. وذكر أصحاب الفتاوى أن الأب إذا زوج بنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت بعدما كبرت لا أرضى بالنكاح، إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل اتفاقاً لأنه إنما زوج على ظن أنه كفء اهـ. وهو يفيد أن الأب لو عرفه بشربه فالنكاح نافذ، ولا شك أن هذا منه سوء اختيار بيقين لكن لم يلزم من تحققه كون الأب معروفاً للناس به فقد يتصف به في نفس الأمر ولا يشتهر به، فلا منافاة بين ما ذكره كما لا يخفى. وفرق بين علمه وعدمه في الذخيرة بأنه إذا كان عالماً بأنه ليس بكفء علم أنه تأمل غاية التأمل وعرف هذا العقد مصلحة في حقها أما ههنا ظنه كفئاً فالظاهر أنه لا يتأمل اهـ. وقد وقع في أكثر الفتاوى في هذه المسألة أن النكاح باطل فظاهره أنه لم يتعقد.

وفي الظهيرية: يفرق بينهما ولم يقل إنه باطل وهو الحق، ولذا قال في الذخيرة في قولهم فالنكاح باطل أي يبطل. ثم اعلم أنه لا خصوصية لما إذا علمه فاسقاً وإنما المراد أنه إذا زوجه بناء على أنه كفء فإذا هو ليس بكفء فإنه باطل، ولذا قال في القنية: زوج بنته الصغيرة من رجل ظنه حر الأصل وكان معتقاً فهو باطل بالاتفاق. وقيد بتزويجه طفله لأنه لو

بمجرد تزويجه ابنته للفاسق مع أن ظاهر قولهم أن لا يكون معروفاً بسوء الاختيار يخالفه فإنه لا يلزم من ظهور سوء اختياره بذلك كونه مشهوراً بسوء الاختيار كما سيصرح به قريباً في دفع المنافة، ولعله قصد بما سيأتي التعريض لما في الفتح أيضاً، وعن هذا قال في النهر: التحقيق أن الأب تارة يعرف بسوء الاختيار فلا يصح عقده مطلقاً أو لا فيصح مطلقاً. ولو من فاسق بشرط أن يكون صاحباً إذ لو كان فعله ذلك آية سوء اختياره لزم إحالة المسألة فتدبره اهـ. فقوله «إذ لو كان» رد على ما اقتضاه كلام المحقق بأنه لو كان كذلك لزم عدم تصور صحة تزويج الأب والجد بغير الكفاءة ويؤيده ما يفيد كلام الفتاوى مما سيذكره المؤلف قريباً قوله (وقد وقع في أكثر الفتاوى في هذه المسألة) أي التي ذكرها أصحاب الفتاوى قوله (إن النكاح باطل) لا يخفى أن قولهم النكاح باطل إنما هو بعد ردها وذلك لا يفيد بطلانه من أصله: نعم يرد ما قاله على عبارة القنية الآتية حيث لم يذكر فيها رد البنت، أما على ما مر فلا وقد رأيت كذلك في الحانية والذخيرة والولوالجية والتجنيس والبرازية، فكلهم ذكروا البطلان بعد الرد وهل يتوقف على القضاء لم أره. تأمل قوله (ثم اعلم أنه لا خصوصية لما إذا علمه فاسقاً) قال الرملي: والحاصل مما تقدم أنه إن لم يعلم بعدم كفاءته ثم علم فهو باطل أي سيبطل، وإن علم بها ينظر؛ إن علم سوء تدبيره فكذا ذلك وإلا فهو صحيح نافذ وعليه يحمل ما في المتون. هذا وقد قدم في أول الباب عن الولوالجي: امرأة زوجت نفسها من رجل ولم تعلم أنه عبد أو حر الخ. وبه يعلم أن الحكم يختلف بين ما إذا زوج الكبيرة برضاها على ظن الكفاءة فلا خيار عند ظهور عدمها، وفيما إذا زوج الصغيرة على ذلك الظن فظهر خلافه فإنه باطل أي سيبطل وقد توهم بعض خلاف ذلك اهـ. وكما مراده بالبعض العلامة المقدسي فإنه قال في الرمز بعدما ذكر المسألة المنقولة عن الفتاوى قلت: وهو يخالف ما نقلنا آنفاً أنه لو زوجت من غير شرطهم الكفاءة

زوج أمة طقله بغبن فاحش فإنه لا يجوز اتفاقاً لأنه إضاعة ما لهما لأن المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر إليه كما في فتح القدير. والمراد بعدم الجواز في قوله «لم يجوز ذلك لغيرهما» عدم الصحة وعليه ابتنى الفرع المعروف. ولو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لا يصح لأنه لم يكن العقد موقوفاً إذ لا يحيز له فإن العم ونحوه لا يصح منهم التزويج لغير الكفاءة، ولذا ذكر في الخاتبة وغيرها أن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة فالأحوط أن يزوجه مرتين، مرة بمهر مسمى ومرة بغير التسمية لأنه لو كان في التسمية نقصان فاحش ولم يصح النكاح الأول يصح الثاني اهـ. ولا فرق بين الصغير والصغيرة في هذا المعنى فالتخصيص بالصغيرة مما لا ينبغي وليس للتزويج من غير كفاءة حيلة كما لا يخفى. وقيد بتزويج الأب أي بنفسه لأنه لا يجوز لو كمل الأب أن يزوج بنته الصغيرة بأقل من مهر مثله. كذا في القنية. وينبغي استثناء القليل الذي يتساهل فيه كما لا يخفى. وقيدنا الأب بكونه صاحباً لأن السكران إذا قصر في مهر ابنته بما لا يتغابن الناس فيه فإنه لا يجوز إجماعاً، والصاحي يجوز لأن الظاهر من حال السكران أنه لا يتأمل إذ ليس له رأي كامل فيبقي النقصان ضرراً محضاً، والظاهر من حال الصاحي أنه يتأمل. كذا في الذخيرة. وكذا السكران إذا زوج من غير الكفاءة كما في الخاتبة. وبه علم أن المراد بالأب من ليس بسكران ولا عرف بسوء الاختيار. وأطلق في غير الكفاءة فشمّل ما إذا زوجها من مملوك نفسه فعندهما لم يصح كما في الذخيرة. وقيد بالطفل لأن الأب لو زوج الكبيرة من مملوكه برضاها فهو جائز اتفاقاً، ولا خصوصية للأب بل كل ولي كذلك إن لم يكن لها غيره أقرب منه لم يرض به قبل العقد. والطفل الصبي ويقع على الذكر والأنثى والجماعة يقال طفلة وأطفال اهـ.

فظهر غير كفاءة لا اعتراض لهم، فأما أن يخص هذا منه أو يدخل هذا فيه قوله (والمراد بعدم الجواز الخ) فيه رد على صدر الشريعة حيث قال في شرحه: وإن فعل غيرهما فلهما أن يفسخا بعد البلوغ فإنه يقتضي الصحة وهو وهم كما نبه عليه ابن الكمال وغيره، وكذا رده المحقق التفتازاني في التلويح في بحث العوارض وذكر أنه لا يوجد له رواية أصلاً.

قوله (لأنه لا يجوز لو كمل الأب أن يزوج بنته الخ) قال في الرمز: ينبغي أن يقيد بما إذا لم يعلم الأب بالزوج كأن يوكله في تحصيل زوج لبنته الصغيرة، أما لو كان يعرفه خصوصاً بعد خطبته وإنما وكل في مجرد العقد فينبغي أن يصح على قول أبي حنيفة رحمه الله اهـ. والظاهر أن مراده إذا زوج الوكيل لغير كفاءة لا بأقل من مهر المثل الذي الكلام فيه. وفي هذا قال في النهر: ينبغي أن يكون معناه ما لو وكله أن يزوج طفله، أما لو عين له المقدار الذي هو غبن فاحش فيصح. قوله (وينبغي استثناء القليل الخ) قال في الرمز: يفيد ذلك تقييدهم بالفاحش ففيه استثناء عن هذا الاستثناء.

فصل

لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه

فصل

حاصله بعض مسائل الوكيل والفضولي وتأخيرهما عن الولي ظاهر لأن ولايته أصلية قوله: (لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه) لأن الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه، وروى البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت فارص: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم. قال: تزوجتك. فعقده بلفظ واحد. وعن عقبة بن عامر أنه عليه السلام قال لرجل: أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم. وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانة؟ قالت: نعم. فزوج أحدهما صاحبه وكان ممن شهد الحديبية. رواه أبو داود. فما في الغاية من أن قولهم «إنه سفير ومعبر» لم يسلم من النقص فإن الوكيل لو زوج موكلته على عبد نفسه يطالب بتسليمه سهو فإنه لم يلزمه بمجرد العقد وإنما لزمه بالتزامه حيث جعله مهراً وأضاف العقد إليه. والمراد ببنت العم الصغيرة فيكون ابن العم أصيلاً من جانب وولياً من جانب، ولا يراد بها الكبيرة هنا لأنها لو وكلته فهو وكيل داخل في المسألة الثانية وإلا فهو فضولي سيأتي بطلانه إن لم يقبل عنها أحد ولو أجازته بعده. والمراد بالوكيل الوكيل في أن يزوجها من نفسه لما في المحيط: لو وكلته بتزويجها من رجل فزوجها من نفسه لم يجوز لأنها أمرته بالتزويج من رجل نكرة وهو معرفة بالخطاب والمعرفة لا تدخل تحت النكرة. وفي الولوالجية: لو قالت المرأة زوج نفسي ممن شئت لا يملك أن يزوجها من نفسه فرق بين هذا وبين ما إذا أوصى بثالث ماله فقال للموصى له ضع ثلث ما ي حيث شئت كان للموصى له أن يضع عند نفسه، والفرق أن الزوج مجهول وجهالة الزوج تمنع صحة الشرط وصار كالمسكوت عنه بخلاف الوصية لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية فيعتبر التفويض مطلقاً اهـ. فلو وكلته أن يتصرف في أمورها لا

فصل

قوله (وجهالة الزوج تمنع صحة الشرط الخ) قال في الرمز: هذا يقتضي أن لا يصح من غيره أيضاً اهـ. قلت: لكن تقدم في باب الولي خلافه حيث قال عند قول المتن «وإن استأذنها الولي الخ»: أما إذا قالت وأنا راضية بما تفعله أنت بعد قوله إن أقواماً يخطبونك أو زوجني ممن تختاره ونحوه فهو استئذان صحيح كما في الظهيرية.

ونكاح العبد والأمة بلا إذن السيد موقوف كنكاح الفضولي ولا يتوقف شطرا العقد على

يملك تزويجها من نفسه بالأولى كما في الخانية، والوكالة كما تثبت بالصريح تثبت بالسكوت ولذا قال في الظهيرية: لو قال ابن العم الكبير إني أريد أن أزوجك من نفسي فسكتت فزوجها من نفسه جاز اهـ. ولم يقيدها بالبكر وقيدها بالبكر في غاية البيان وغيره، والظاهر أنه خاص بالولي كما سبق بيانه.

وأطلق في الوكالة به فأفاد أنه لا يشترط الإشهاد عندها للصحة وإنما لخوف الإنكار، ولم يبين كيف يزوجه الوكيل من نفسه وأنه هل يشترط أن يعرفها الشهود للاختلاف، فذكر الخصاصف أنه لا يشترط معرفتها ولا ذكر اسمها ونسبها للشهود حتى لو قال تزوجت المرأة التي جعلت أمرها إلي على صداق كذا عندهم صح، والمختار في المذهب خلافه وإن كان الخصاصف كبيراً في العلم يقتدى به. قال الولوالجي في فتاواه: امرأة وكلت رجلاً أن يزوجه من نفسه فذهب الوكيل وقال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة ولم تعرف الشهود فلانة لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدها لأنها غائبة والغائبة لا تعرف إلا بالنسبة، ألا ترى أنه لو قال تزوجت امرأة وكلتني بالنكاح لا يجوز. وإن كانت حاضرة متقبة ولا يعرفها الشهود فقال اشهدوا أني تزوجت هذه المرأة فقالت المرأة زوجت نفسي منه جاز وهو المختار لأنها حاضرة والحاضرة تعرف بالإشارة، فإذا أرادوا الاحتياط يكشف وجهها حتى يعرفها الشهود أو يذكر اسمها واسم أبيها واسم جدها حتى يكون متفقاً عليه فيقع الأمن من أن يرفع إلى قاض يرى قول من لا يجوز وهو نصير بن يحيى فيبطل النكاح. هذا كله إذا كان الشهود لا يعرفون المرأة، أما إذا كانوا يعرفونها وهي غائبة فذكر اسمها لا غير جاز النكاح إذا عرف الشهود أنه أراد به المرأة التي عرفوها لأن المقصود من النسبة التعريف وقد حصل باسمها اهـ. وقد وقع في كثير من الفتاوى: والاحتياط كشف وجهها أو ذكر اسمها بكلمة أو والصواب بالواو كما في عمدة الفتاوى للمصدر الشهيد لأن الاحتياط الجمع بينهما لا أحدهما. وفي الخانية: رجل أرسل رجلاً ليخطب له امرأة يعينها فذهب الرسول وزوجه إياه جاز لأنه أمره بالخطبة وتام الخطبة بالعقد اهـ. ويشترط للزوم عقد الوكيل موافقته في المهر المسمى فلذا قال في الخانية: لو وكله في أن يزوجه فلانة بألف درهم فزوجه إياه بألفين، إن أجاز الزوج جاز، وإن رد بطل النكاح، وإن لم يعلم الزوج بذلك حتى دخل بها فالخيار باق

قوله (والمختار في المذهب خلافه النخ) قال المقدسي فيما نقل عنه: إن أراد أن كلام الولوالجي يشهد له فممنوع لأن ذلك في صحة نكاح المتقبة أي فهو المختار بالنسبة إلى قول نصير بن يحيى، وما يؤيد ذلك أن شمس الأئمة الحلواني مع جلالة قدره نقل كلام الخصاصف بجميل الأوصاف مع أنه كبير يقتدى به ولو كان المختار خلافه لنبه عليه اهـ. وذكر قريباً من هذا في الرمز وفيه: إن اقتصر الولوالجي على خلاف كلام الخصاصف يشعر باختياره، ونقل الحلواني له لا يفيد أنه المختار في المذهب

إن أجاز كان عليه المسمى لا غير، وإن رد بطل النكاح فيجب مهر المثل وإن كان أقل من المسمى وإلا يجب المسمى، وإن لم يرض الزوج بالزيادة فقال الوكيل أنا أغرم الزيادة وألزمكما النكاح لم يكن له ذلك. ثم قال: امرأة وكلت رجلاً ليزوجها بأربعمائة درهم فزوجها الوكيل وأقامت مع الزوج سنة ثم زعم الزوج أن الوكيل زوجها منه بدينار وصدقة الوكيل في ذلك، فلو كان الزوج مقراً أن المرأة لم توكله بدينار كانت المرأة بالخيار إن شاءت أجازت النكاح بدينار وليس لها غير ذلك، وإن شاءت ردت النكاح ولها عليه مهر مثلها بالغاً ما بلغ بخلاف ما تقدم لأن ثمة المرأة رضيت بالمسمى، فإذا بطل النكاح ووجب العقر بالدخول لا يزداد على ما رضيت، أما هنا المرأة ما رضيت بالمسمى في العقد فكان لها مهر المثل بالغاً ما بلغ، وليس لها نفقة العدة، وإن كان الزوج يدعي التوكيل بدينار وهي تنكر كان القول قولها مع اليمين وهذا أمر محتاط فيه، وينبغي أن يشهد على أمرها وتحيزه بعد العقد إذا خالف أمرها، وكذا الولي إذا كانت بالغة يفعل ما يفعله الوكيل اهـ.

قوله: (ونكاح العبد والأمة بغير إذن السيد موقوف كنكاح الفضولي) شروع في بيان الفضولي وبعض أحكامه، وهو من يتصرف لغيره بغير ولاية ولا وكالة أو لنفسه وليس أهلاً له. وإنما زدناه ليدخل نكاح العبد بغير إذن إن قلنا إنه فضولي وإلا فهو ملحق به في أحكامه. والفضولي جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه، فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر، وصفته أنه عقد صحيح غير نافذ، والأصل أن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفاً على الإجازة. وقال الشافعي: تصرفات الفضولي كلها باطلة لأن العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فيلغو. ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفاً حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه، وقد يتراخى حكم العقد عن العقد. وفسر المجيز في النهاية بقابل يقبل الإيجاب، سواء كان فضولياً أو وكيلاً أو أصيلاً، فإن كان له مجيز حالة العقد توقف وإلا بطل بيانه: الصبي إذا باع ما له أو اشترى أو تزوج أو زوج أمته أو كاتب عبده أو نحوه يتوقف على إجازة الولي في حالة الصغر، فلو بلغ قبل أن يمجيزه الولي فأجازه بنفسه نفذ لأنها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه، ولو طلق الصبي امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ما له بمحابة فاحشة أو اشترى بأكثر من القيمة بما لا يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه

بل قول الحلواني يجوز تقليده يفيد أن المشهور من المذهب خلافه وقد قدمنا عند قول المتن «وإنما يصح بلفظ النكاح» نقلاً عن التتارخانية عن المضمورات التصريح بأن خلافه هو الصحيح وعليه الفتوى. قوله (جاز لأنه أمره بالخطبة وتمام الخطبة بالعقد) قال في الرمز: لعل هذا في عرفهم وإلا

الصور باطلة غير متوقفة ولو أجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كانت لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الإنشاء كأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق والعناق اهـ. قال في فتح القدير: وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقاً ولا بالولي إذ لا توقف في هذه الصور وإن قبل فضولي آخر أو ولي لعدم قدرة الولي على إمضاها اهـ. ومن الباطل لكونه لا مجيز له تزويجه أمة وتحت حرة أو أخت امرأته أو خامسة أو صغيرة في دار الحرب إذا لم يكن سلطان ولا قاضٍ، وأما كفاءة المكاتب وتوكيله بعقد عبده ووصيته بعين من ماله فصحيح إذا أجاز بعد عتقه إلا في الأول فبغير إجازة لما عرف في التبيين. ودخل تحت تعريف الفضولي ما لو علق طلاق زوجة غيره بشرط فهو موقوف، فإن أجاز الزوج تعلق فتطلق بوجود الشرط، ولو وجد قبلها لم تطلق عندها إلا إذا وجد ثانياً بعدها. كما في فتح القدير. ولذا قلنا «من يتصرف» ولم نقل «من يعقد عقداً» ولذا فسر في فتح القدير المجيز بمن يقدر على الإمضاء لا بالقابل إذ ليس في اليمين قابل.

وفي التجنيس: حر تزوج عشر نسوة بغير إذنهن فبلغنهن الخبر فأجزن جميعاً جاز نكاح التاسعة والعاشرة لأنه لما تزوج الخامسة كان رد النكاح الأربع، فلما تزوج التاسعة كان رد النكاح الأربع الآخر فبقي نكاح التاسعة والعاشرة موقوفاً على إجازتهما اهـ. وفي الخانية: عبد تزوج امرأة بغير إذن المولى ثم امرأة ثم امرأة فبلغ المولى فأجاز الكل، فإن لم يكن دخل بهن جاز نكاح الثالثة لأن الإقدام على نكاح الثالثة فسخ لنكاح الأولى والثانية فيتوقف نكاح الثالثة فينفذ بإجازة المولى، وإن كان دخل بهن لا يصح نكاحهن لأن الإقدام على نكاح الثالثة في عدة الأولى والثانية لم يصح فلم يكن فسخاً لما قبلها فلا تصح إجازة المولى كما لو تزوجهن في عدة واحدة اهـ. وهذا يوجب تقييد ما في التجنيس أيضاً. وقوله «موقوف» أي على الإجازة فلو تزوج بغير إذن السيد ثم أذن السيد لا ينفذ لأن الإذن ليس بإجازة فلا بد من إجازة العبد

فقد يخطب الشخص لينظر ما يجاب به وما يشترط عليه وما يطلب منه قوله (لما عرف في التبيين) حيث قال لأن كفأته جائزة في حق نفسه نافذة عليه لأنها التزام المال في الذمة وذمته مملوكة له قابلة للإلزام وإنما لا يظهر في الحال لحق المولى، فإذا زال المانع بالعقد ظهر مجبه، وأما التوكيل والوصية فالإجازة فيهما إنشاء لأنهما يتعقدان بلفظ الإجازة والإنشاء لا يستدعي عقداً سابقاً قوله (ولو وجد قبلها) أي لو وجد الشرط قبل الإجازة لم تطلق عندها أي عند الإجازة إلا إذا وجد الشرط ثانياً بعد الإجازة قوله (لأن الأقدام على نكاح الثالثة فسخ الخ) قال المقدسي فيما نقل عنه: ينبغي تقييده بما إذا كان عالماً بالحكم وإلا ففي هذا الزمان الذي غلب فيه الجهل ربما لا يقصد بالثالثة إبطال الأولين وكذا ما قبله اهـ. ومثله في الرمز قال: ولا سيما أن مالكاً يميز الأربع للعبد وقد عذرت الأمة بالجهل لاشتغالها بالخدمة.

العاقد وإن صدر العقد منه كما في التجنيس . وثبت الإجازة لنكاح الفضولي بالقول والفعل ؛ فمن الأول «أجزت» ونحوه، وكذا «نعم ما صنعت» و«بارك الله لنا» و«أحسن» و«أصبت» و«طلقها» إلا إذا قال المولى لعبده كما سيأتي في بابه . ومن الثاني قبول المهر بخلاف قبول الهدية . وقولها «لا يعجبني هذا المهر» ليس رداً فلها الإجازة . ومن أحكام الفضولي أنه يملك فسخ ما عقده في بعض الصور دون بعض كما ذكره أصحاب الفتاوى . قال في الظهيرية : والفضولي في باب النكاح لا يملك الرجوع قبل الإجازة والوكيل في النكاح الموقوف يملك الرجوع قولاً أو فعلاً بيانه : رجل وكل رجلاً بأن يزوجه امرأة فزوجه امرأة بالغة بغير إذنها أو زوجها أبوها فلم يبلغها حتى نقض الوكيل النكاح قولاً أو فعلاً بأن يزوجه أختها صح ولو كان فضولياً ، والمسألة بحالها لا يملك . وروي عن أبي يوسف في قوله الأول أن الفضولي يملك الرجوع أيضاً ، والفضولي في باب البيع بخلاف النكاح ، وفي وجه الوكيل يملك الفسخ قولاً لا فعلاً بأن وكله بأن يزوجه امرأة بعينها فزوجه بغير رضاها ملك الوكيل نقضه قولاً لأنه وكيل فيه ، ولا يملك نقضه فعلاً حتى لو تزوجه أختها لا ينقض نكاح الأولى لأنه فضولي في نكاح الثانية ، وفي وجه يملك الفسخ فعلاً لا قولاً نحو أن يوكل رجلاً بأن يزوجه فأجاز الوكيل نكاحاً باشره قبل ذلك صح استحساناً ، ولا يملك نقض هذا النكاح قولاً لأنه كان فضولياً حين عقده ، ويملك نقضه فعلاً بأن يزوجه أختها من غير رضاها لأنه وكيل في العقد الثاني اهـ . فحاصله أن كل عقد صدر من الفضولي في النكاح فإنه لا يملك نقضه قولاً ولا فعلاً لأنه لا عهدة عليه ليتخلص منها إلا إذا صار وكيلاً بعده فله نقضه فعلاً لضرورة امتثال ما وكل فيه ، وإنما ملك الوكيل في الموقوف الفسخ مع أنه لا عهدة عليه أيضاً لتنجيز مراد الموكل فإنه لم يحصل مقصوده بالموقوف ، فللوكيل الانتقال عنه إلى غيره . وإنما لم يجز له الفسخ فعلاً في المسألة الثانية لأن الموكل بتزوجها معينة فحيث زوجها له انتهت وكالته فلم يملك تزويجاً آخر ، ولذا كان فضولياً في الثاني . وتفرع على الأصل المذكور ما لو زوج فضولي رجل خمس نسوة في عقد متفرقة للزوج أن يختار أربعاً منهم ويفارق الأخرى بخلاف ما لو تزوج الرجل خمس نسوة في عقد متفرقة بغير رضاهن لأن إقدامه على نكاح الخامسة يتضمن نقض نكاح الأربع دلالة بخلاف الفضولي لا يملك النقض لا صريحاً ولا دلالة . كذا في الظهيرية . ومن أحكامه أيضاً أن العقد النافذ من جانب إذا طرأ على غير نافذ الجانبين يرفعه ، ولو طرأ موقوف على نافذ من أحد الجانبين لا يرفعه ، ولو طرأ نافذ من أحد الجانبين على نافذ من جانبه يرفعه بيانه : رجل وكل رجلاً بأن يزوجه امرأة بألف فزوجه إياه على خمسين ديناراً بإذنها أو بغير إذنها ثم زوجها بألف ينفسخ الأول ، ولو زوجها الوكيل إياه بألف درهم بغير إذنها ثم زوجها إياه بخمسين بغير إذنها يبقى الأول ، فإن إجازته جاز ويبطل الثاني لأن الأول

كان نافذاً من وجهه. كذا في الظهيرية أيضاً. ثم اعلم أن إجازة نكاح الفضولي صحيحة بعد موت العاقد الفضولي بخلاف إجازة بيعه بعد موته. ذكره الزيلعي في بيع الفضولي. فعلى هذا يشترط قيام المعقود له وأحد العاقلين لنفسه فقط بخلاف البيع فإنه يشترط قيام أربعة مع الثمن إن كان عرضاً.

قوله: (ولا يتوقف شطر العقد على قبول ناكح غائب) أي لا يتوقف الإيجاب على قبول من كان غائباً عن المجلس بل يبطل ولا يلحقه إجازة، وهذا بالاتفاق كما لو أوجب أحد المتعاقدين فلم يقبل الآخر في المجلس فإنه يبطل الإيجاب لا نعلم فيه خلافاً. ولا فرق في هذا بين البيع والنكاح وغيرهما من العقود فقلوه «ناكح» ليس بقيد احترازي. ثم اختلفوا في أن ما يقوم بالفضولي عقد تام فيصح أن يتولى الطرفين أو شطره فلا يتوقف؛ فعند أبي حنيفة ومحمد شطر فيبطل، وعند أبي يوسف عقد تام فيتوقف لأنه لو كان مأموراً من الجانبين ينفذ فإذا كان فضولياً يتوقف فصار كالخلع والطلاق والإعتاق على مال. ولهما أن الموجود شطر العقد لأنه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقلين، وما يجري بين الفضولين عقد تام فكذا الخلع واختاره لأنه يمين من جانبه حتى يلزم به فتنزع على هذا الأصل ست صور: ثلاث اتفاقية وهي قول الرجل تزوجت فلانة، أو المرأة تزوجت فلاناً، أو الفضولي زوجت فلاناً من فلانة، وقيل آخر في الثلاث فالعقد متوقف لحصول الشطرين. وثلاثة خلافية هي هذه إذا لم يقبل أحد فلا تقوم عبارة الفضولي مقام عبارتين، سواء تكلم بكلام واحد أو بكلامين حتى لو قال زوجت فلاناً وقبلت عنه لم يتوقف على قولهما وهو الحق خلافاً لما ذكر في الحواشي لاتفاق أهل المذهب في نقل قولهما على أن الفضولي الواحد لا يتولى الطرفين وهو مطلق، ولو عبر به المصنف لكان أولى. وحاصل متولي الطرفين بالقسمة العقلية عشرة: واحد منها مستحيل وهو الأصيل من الجانبين، وأربعة هي من منطوق المتن على الخلاف: الفضولي من الجانبين، والفضولي من جانب الوكيل من جانب، والفضولي من جانب الأصيل من جانب، والفضولي من جانب الولي من جانب، فعندهما لا يتوقف كما قدمناه. والخمسة الباقية مستفادة من مفهوم المتن وهي نافذة بالاتفاق: الوكيل من الجانبين، والولي من الجانبين، والأصيل من جانب الولي من جانب، والوكيل من جانب الأصيل من

قوله (واحد العاقلين لنفسه فقط) في العبارة تسامح والأولى أن يقال وأحد العاقلين وهو العاقد لنفسه فقط قوله (فإنه يشترط قيام أربعة) هي البائع والمشتري والمبيع وصاحب المتاع وهو المعقود له قوله (فقلوه ناكح ليس بقيد احترازي) قال في النهر: هذا مبني على أن «ال» في العقد للجنس لكن الظاهر أنها للعهد أي عقد النكاح إذا الكلام فيه.

قبول ناكح غائب والمأمور بنكاح امرأة مخالف بامرأتين لا بأمة.

جانب، والولي من جانب الوكيل من جانب. ثم إذا تولى الطرفين في هذه المسائل الخمس فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول بعده، وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره، والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان. وقال شيخ الإسلام خواهر زاده: وهذا إذا ذكر لفظاً هو أصيل فيه، أما إذا ذكر لفظاً هو نائب فيه فلا يكفي، فإن قال تزوجت فلانة كفى، وإن قال زوجتها من نفسي لا يكفي لأنه نائب فيه. وعبرة الهداية صريحة في نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس أيضاً في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال: رجل زوج بنت أخيه من ابن أخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج أن يقول قبلت، وكذا كل من يتولى طرفي العقد إذا أتى بأحد شطري الإيجاب يكفيه ولا يحتاج إلى الشطر الآخر لأن اللفظ الواحد يقع دليلاً من الجانبين. كذا في فتح القيدر.

قوله: (والمأمور بنكاح امرأة مخالف بامرأتين) لأنه لا وجه إلى تنفيذها للمخالفة ولا إلى التنفيذ في أحدهما غير عين للجهرالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق عند عدم الإجازة وهو مراد صاحب الهداية بدليل أنه قال في صدر المسألة: لم تلزمه واحدة منهما. فكان كلامه مستقيماً فاندفع به ما ذكره الشارح من عدم استقامته، ولذا عبر المصنف بالمخالفة ليفيد عدم النفاذ وأنه عقد فضولي فإن أجاز نكاحهما أو إحداها نفذ فيه بالأمر بواحدة لأنه لو أمره يزوجه امرأتين في عقدة فزوجه واحدة جاز إلا إذا قال لا تزوجني إلا امرأتين في عقدة واحدة فحيث لا يجوز. كذا في غاية البيان. ومثله ما في المحيط: لو أمره أن يزوجه امرأتين في عقدة فزوجهما في عقدتين جاز، ولو قال لا تزوجني امرأتين إلا في عقدتين فزوجهما في عقدة لا يجوز، والفرق أن في الأول أثبت الوكالة حالة الجمع ولم ينف الوكالة حال التفرد نصاً بل سكت عنه والتنصيص على الجمع لا يدل على نفي ما عداه، وفي العقد الثاني نفي الوكالة حالة التفرد والنفي مفيد لأن فائدته في الجمع أكثر لما فيه من تعجيل مقصوده فلا بد من مراعاة النفي فلم يصير وكيلاً حالة الانفراد اهـ. وهذا بخلاف البيع لو أمره أن يشتري ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لأن الثياب إذا اشترت جملة تؤخذ بأرخص مما تشتري على التفريق فاعتبر قوله فيه فأما ههنا بخلافه. كذا في النهاية. وفي الخاتمة: لو

قوله (وهو مراد صاحب الهداية) أي التقييد بقوله عند عدم الإجازة وهذا الجواب مذكور في الحواشي السعدية قوله (فحيث لا يجوز) أي لا يجوز أن يزوجه واحدة وقوله «ومثله ما في المحيط الخ» فيه أنه لا مماثلة لأن صورة المخالفة في مسألة المحيط بتزويج المرأتين في عقدة واحدة وقد علمت أن بصورة المخالفة في مسألة غاية البيان بتزويج امرأة واحدة فأين المماثلة؟ ثم انظر هل يجوز في صورة المحيط أن يزوجه امرأة واحدة فإن الحصر لم يدخل على المرأتين كما هو في مسألة غاية البيان بل على العقدتين.

وكله أن يزوجه فلانة أو فلانة فأيتهما زوجه جاز ولا يبطل التوكيل بهذه الجهالة، وإنه زوجها جميعاً في عقدة واحدة لم يجوز واحدة منهما كما لو وكل رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين في عقدة واحدة لم يجوز اهـ. وقيد بكون المرأة منكراً أخذاً من التنكير لأنه لو عينها فزوجها وأخرى معها تلزمه المعينة. وقيد في الهداية نكاح المرأتين بأن يكون في عقد واحد لأنه لو زوجها في عقدتين تلزمه الأولى ونكاح الثانية موقوف على الإجازة لأنه فضولي فيه، ولذا قال في المختصر «بامرأتين» ولم يقل «بعقدتين»، وفرعوا على أن التنصيص على الشيء لا ينفي الحكم عما عداه لو قال زوج ابنتي هذه رجلاً يرجع إلى علم ودين بمشورة فلان فزوجها رجلاً على هذه الصفة من غير مشورة فإنه يجوز كما في الخانية، وأما إذا قال له بع عبدي هذا بشهود أو بمحضر فلان فباعه بغير شهود أو بغير محضر فلان فإنه يجوز بخلاف ما إذا قال لا تبعه إلا بشهود فباعه بغير شهود فإنه لا يجوز كما في الظهيرية قوله: (لا بأمة) أي لا يكون المأمور بنكاح امرأة مخالفاً بنكاح أمة لغيره فينفذ على الموكل عند أبي حنيفة رجوعاً إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة. وقالوا: لا يجوز أن يزوجه كفوئاً لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالإكفاء. قلنا: العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصح مقيداً، وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالكفاءة. كذا في الهداية. وظاهره ترجيح قولهما لأن الاستحسان مقدم على القياس إلا في مسائل معدودة ليس هذا منها، ولذا قال الأسبيجاني: قولهما أحسن للفتوى واختاره أبو الليث. وفي فتح القدير: والحق أن قول أبي حنيفة ليس قياساً لأنه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في أي الاستحسان أولى اهـ.

قيد بكونه أمره بنكاح امرأة ولم يصفها لأنه لو وكله بتزويج امرأة فزوجه أمة أو عكسه لم يجوز، ولو زوجه في عسكه مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة جاز. وأطلق في الأمر فشمل الأمير وغيره، ووضعها في الهداية في الأمير ليفيد أن غيره بالأولى. وقيد بكون الأمر رجلاً لأنها لو وكلته في تزويجها ولم تعين فزوجها غير كفاء كان مخالفاً على قول أبي حنيفة أيضاً على الأصح كما في الخانية لاعتبارها من جهة الرجال، وإن كان كفوئاً إلا أنه أعمى أو مقعد أو صبي أو معتوه فهو جائز، وكذا لو كان خصياً أو عنيئاً وإن كان لها التفريق بعد ذلك. وأفاد المصنف أن الأمر المطلق يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل، وإن العرف المشترك لا يصح تخصيصاً فالوكيل بتزويج امرأة ليس مخالفاً لو زوجه عمياء أو شوهاء لها لعاب سائل

قوله (وقالا لا يجوز إلا أن يزوجه كفواً الخ) قال الكشاف: دلت المسألة على أن الكفاءة تعتبر في النساء للرجال أيضاً عندهما، وكذا ذكره في الأصل. كذا في العناية. وذكر قبله تحت قول الهداية «ومن أمره أمير الخ» قيده بالأمير وحكم غيره كذلك. قال الإمام المحبوبي: وعلى هذا

وعقل زائل وشق مائل أو شلاء أو رتقاء أو صغيرة لا يجمع مثلها أو كتابية أو امرأة حلف بطلاقها أو زوجه امرأة على أكثر من مهر مثلها ولو بغبن فاحش عند الإمام، أو زوجها رجلاً بأقل من مهر مثلها كذلك، أو امرأة كان الموكل آلي منها أو في عدة الموكل والأصل أن الوكيل إذا خالف إلى خير أو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده كما لو أمره بعمياء فزوجه بصيرة، وليس منه ما إذا أمره بالفاسد فزوجه صحيحاً بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح أصلاً. وأما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكماً له بل للوطء إذ لم يتمحض زنا بخلاف أمره بالبيع الفاسد له البيع صحيحاً. وليس منه أيضاً ما إذا وكله بألف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوباً من مال نفسه فإنه موقوف على إجازة الزوج لكونه ضرراً على تقدير استحقاق الثوب أو هلاكه قبل التسليم فإنها ترجع بقيمته على الزوج لا الوكيل - كما في الذخيرة - وللزوج الخيار. وإذا دخل بها قبل العلم فإن اختار التفريق فكالنكاح الفساد. وليس منه أيضاً ما إذا أمره ببيضاء فزوجه سوداء أو على القلب، أو من قبيلة كذا فزوجه من أخرى فإنه غير نافذ، وقيدنا بكون الأمة لغيره لأنه لو زوجه أمة نفسه ولو مكاتبته - كما في المحيط - فإنه لا ينفذ للثمة كما لو زوجه بنته فإن كانت صغيرة لا يجوز اتفاقاً، وكذا موليته كبنت أخيه الصغيرة، وإن كانت كبيرة فكذلك عنده خلافاً لهما. ولو زوجه أخته الكبيرة برضاها جاز اتفاقاً، والوكيل من قبل المرأة إذا زوجها من أبيه أو ابنه لا يجوز في قول أبي حنيفة، وفي كل موضع لا ينفذ فعل الوكيل فالعقد موقوف على إجازة الموكل، وحكم الرسول كحكم الوكيل في جميع ما ذكرنا، وضمانهما المهر صحيح. وإنكار المرسل والموكل الرسالة والوكالة بعد الضمان ولا بينة لا يسقط الضمان عنهما فيجب نصف المهر، وتوكيل المرأة المتزوجة بالتزويج إذا طلقت وانقضت عدتها صحيح كتوكيلة أن يزوجه فلانة وهي

الخلاف إذا لم يكن أميراً فزوجه الوكيل أمة أو حرة عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة، إما اتفاقاً وإما لما قيل قيده بذلك ليظهر الكفاءة فإنها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما اهـ. فأفاد أنها معتبرة عندهما لا مطلقاً بل هنا فقط. وعن هذا قال في الحواشي السعدية: قوله «دلت المسألة الخ» إن أراد دلت على اعتبارها في الوكالة عندهما فمسلّم بالنظر إلى دليلها، وإن أراد مطلقاً فممنوع اهـ.

ويؤيده ما قدمناه في أول الفصل عن البدائع. قوله: (أو عرف عملي الخ) أي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه أن العرف على نوعين لفظي نحو الدابة تقييد لفظاً بالفرس، ونحو المال بين العرب بالإبل، وعملي أي العزف من حيث العمل أي من حيث إن عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وأمثاله. كذا في العناية وفيه بحث لصاحب السعدية فراجع.

باب المهر

صح النكاح بلا ذكره وأقله عشرة دراهم فإن سماها أو دونها فلها عشرة بالوطء

متزوجة فطلقت وحلت فزوجها فإنه صحيح. وإذا زوج الوكيل موكله زوجة الغير أو معتدته أو أم امرأته ودخل بها الموكل غير عالم ولزمه المهر فلا ضمان على الوكيل كما في الخانية. وفي الذخيرة: الوكيل بتزويج امرأة إذا زوجه امرأة على عبد للوكيل أو عرض له فهو نافذ ولزم الوكيل تسليمه، وإذا سلم لا يرجع على الزوج بشيء، ولو كان مكان النكاح خلعاً يرجع على المرأة بما أدى، ولو زوجه الوكيل امرأة بألف من ماله بأن قال زوجتك هذه المرأة بألف من مالي أو بألفي هذه جاز والمال على الزوج ولا يطالب الوكيل بالألف المشار إليه لعدم تعينها في المعاوضات وتمامه فيها. وفي المحيط: ولو زوجه على عبد الزوج جاز استحساناً وعلى الزوج قيمة عبده لا تسليم عينه والله تعالى أعلم.

باب المهر

هو حكم العقد فيتعقبه في الوجود فعقبه في البيان ليحاذي بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي. وفي الغاية: له أسام: المهر والنحلة والصدوق والعقر والعطية والأجرة والصدقة والعلائق والحباء. قوله: (صح النكاح بلا ذكره) لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين، ثم المهر واجب شرعاً إبانة لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح، وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بيناه. واستدل له في غاية البيان بقوله تعالى ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن﴾ [البقرة: ٢٢٦] فقد حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح، فعلم أن ترك التسمية لا يمنع صحة النكاح. وذكر الأكمل والكمال أنه لا خلاف لأحد في صحته بلا ذكر المهر قوله: (وأقله عشرة دراهم) أي أقل المهر شرعاً للحديث «لا مهر أقل من عشرة دراهم» وهو وإن كان ضعيفاً فقد تعددت طرقه، والمنقول في الأصول أن الضعيف إذا تعددت طرقه فإنه يصير حسناً إذا كان ضعفه بغير الفسق، ولأنه حق الشرع وجوباً إظهاراً لشرف المحل فيقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالاً بنصاب السرقة. أطلق الدراهم فشمّل

باب المهر

قوله: (ولأنه حق الشرع) معطوف على قوله «للحديث» قوله: (لأنها مؤدية عنهم) أي لأنها صارت مؤدية عن العاقلة ما وجب عليهم ومن أدى دين غيره بغير أمره لا يرجع عليه بما أدى لأنه

المصكوك وغيره، فلو سمي عشرة تبرأ أو عرضاً قيمته عشرة تبرأ لا مضروبة صح، وإنما تشترط المصكوكة في نصاب السرقة للقطع قليلاً لوجود الحد. وشمل الدين والعين فلو تزوجها على عشرة دين له على فلان صحت التسمية لأن الدين مال، فإن شاءت أخذته من الزوج وإن شاءت ممن عليه الدين. كذا في المحيط. زاد في الخانية: ويؤخذ الزوج حتى يוכלها بقبض الدين من المديون ا هـ. فقد جعلوا الدين مالاً هنا وأدخلوه تحت قوله تعالى ﴿إِنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ولم يجعلوه مالاً في الزكاة فلم يجز الدين عن العين ولا في الأيمان، فلو حلف لا مال له وله دين على موسر لا يحنث. وشمل الدية أيضاً ولذا قال في الظهيرية: ولو تزوجها على ما وجب له من الدية على عاقلتها فلا شيء لها على عاقلتها لأنها مؤدية عنهم. وفي المحيط: لو تزوجها على عيب عبد اشتراه منها جاز لأنها لما تزوجت على عيبه صارت مقرة بحصة العيب لأن النكاح لا بد له من مهر فيكون نكاحاً بمال، فإن كانت قيمة العيب عشرة فهو مهرها وإلا يكمل عشرة ا هـ. ومراد المصنف أن أقله عشرة أو ما يقوم مقامها بالقيمة، واختلف في وقت القيمة فظاهر الرواية أن الاعتبار وقت العقد ولا اعتبار ليوم القبض، فلو كانت قيمته يوم العقد عشرة وصارت يوم التسليم ثمانية فليس لها إلا هو، ولو كان على عكسه لها العرض المسمى ودرهمان. ولا فرق في ذلك بين الثوب والمكيل والموزون لأن ما جعل مهراً لم يتغير في نفسه وإنما التغير في رغبات الناس. كذا في البدائع.

وفي المحيط: ولو تزوجها على ثوب وقيمته عشرة فقبضته وقيمته عشرون وطلقها قبل الدخول والخلوة والثوب مستهلك ردت عشرة لأنه إنما دخل في ضمانها بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض ا هـ. فالخاصل أن الاعتبار ليوم العقد في حق التسمية وليوم القبض في حق دخوله في ضمانها. وفي الذخيرة: النكاح إذا أضيف إلى دراهم عين لا يتعلق بعينها وإنما يتعلق بمثلها ديناً في الذمة، وإذا أضيف إلى دراهم دين في ذمة المرأة تتعلق بعينها ولا يتعلق بمثلها ديناً في الذمة لأن المهر عوض من وجه من حيث إنه ملك بمقابلة شيء صلة من وجه من حيث إنه لا مالية لما يقابله من كل وجه حتى يجب الحيوان ديناً في الذمة في النكاح والدراهم تتعين في الصلوات لا في المعاوضات فعلمنا بحقيقة المعاوضة إذا أضيف إلى الدراهم العين فتعلق بمثلها، وعلمنا بمعنى الصلة إذا أضيف إلى الدين فتعلق بعينها عملاً بالشبهين. وفائدة الأول لو تزوجها أحد الدائنين على حصته من دين لهما عليها فليس للساكت مشاركته

متبرع. هذا ما ظهر لي لكن يخالف هذا ما نذكره قريباً عن الذخيرة قريباً عن الذخيرة من أن الدين إذا كان على غير المرأة فالنكاح لا يتعلق بعين ذلك الدين وإنما يتعلق بمثله.

قوله: (وفائدة الأول) أقول: تصريف في عبارة الذخيرة بما ليس فيها فإن الذي في الذخيرة

لتعلقه بعين الحصة، وفائدة الثاني لو تزوجها أحدهما على دراهم مطلقة بقدر حصته من الدين وصار قصاصاً فلشريكه أن يأخذ منه نصفها لتعلقه بمثلها، والدين إذا كان على غير المرأة فهو كالعين يتعلق النكاح بمثله لأنه لو تعلق بالعين لكان تمليك الدين من غير من عليه الدين بخلاف ما إذا كان عليها، وفائدته أنها مخيرة إن شاءت أخذت من الزوج وإن شاءت من العاقلة اهـ. والأخير مخالف لما قدمناه عن الظهيرية، ويمكن التوفيق بأن ما في الذخيرة مصور بأنه تزوجها على أرش له على عاقلتها وأمرها بقبض ذلك، وما في الظهيرية خالٍ عن الأمر بالقبض، وقد علم أنه لو تزوجها على دراهم وأشار إليها فله إمساكها ودفع مثلها، ولو دفع الدراهم إليها ثم طلقها قبل الدخول لا يتعين عليها رد عين نصفها وإنما يتعين رد مثلها كما في جامع الفصولين، وفرع عليه ما إذا كان المهر ألفاً دفعه إليها وحال الحول ووجبت الزكاة عليها ثم طلقها قبل الدخول فإنه لا يسقط عنها زكاة النصف لأنه لما لم يتعين رد العين كان بمنزلة دين حادث اهـ. ومن أحكام المهر أنه يصبح تأجيله إلى وقت مجهول كالخصاد والدياس وهو الصحيح، ولو تزوجها بألف درهم على أن ينقد ما تيسر له والبقية إلى سنة كان الألف كله إى سنة إلا أن تقيم المرأة البينة أنه تيسر له منها شيء أو كله فتأخذه. كذا في الظهيرية.

قوله: (فإن سماها أو دونها فلها عشرة بالوطء أو بالموت) لأن بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهاه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه، وسيأتي أن الخلوة كالوطء فحاصله أن المهر يجب بالعقد ويتأكد بإحدى معان ثلاث،

بعد قوله عملاً بالشبهين ما نصه: وهذا إذا كان المضاف إليه النكاح على المرأة، فأما إذا كان على غير المرأة فالنكاح لا يتعلق بعين ذلك الدين وإنما يتعلق بمثله. بيان الأول: إذا كان لرجلين على امرأة ألف درهم فتزوجها أحد الرجلين على حصته لا يكون للساكت أن يتبع الزوج فيأخذ منه مائتين وخمسين لأن النكاح يتعلق بعين الحصة لا بمثلها ديناً في الذمة وسقط عن ذمتها عين حصة الزوج فصار كما لو سقط ذلك بالهبة والإبراء، وذكر في القدوري عن أبي يوسف فيها روايتين: في رواية لا يرجع وهو قول محمد ولو تزوجها على خمسمائة كان للشريك أن يتبع الزوج لأن النكاح هنا أضيف إلى خمسمائة مرسلة وللزوج عليها مثل ذلك فالتقيا قصاصاً وصار الزوج مقتضياً نصيبه فيكون لشريكه حق المشاركة. وذكر الحلواني أنه ليس له أن يتبعه بشيء. وبيان الثاني: إذا تزوج امرأة على أرش له على عاقلتها وأمرها بقبض ذلك فهي بالخيار، إن شاءت اتبعت الزوج أو العاقلة ولو تعلق النكاح بالدين المضاف إليه لم يكن لها اتباع الزوج لأن الدين إذا كان على غير المرأة لو تعلق العقد بعينها لأدى إلى تمليك الدين من غير من عليه الدين وأنه لا يجوز. اهـ ملخصاً. ومثله في التارخانية، وغير خافٍ أن المراد بقوله «بيان الأول» ما إذا كان المضاف إليه العقد على المرأة، وبالثانية ما إذا كان على غيرها قوله: (ويمكن التوفيق) قد سمعت من عبارة الذخيرة التي نقلناها التصريح

وينبغي أن يزداد رابع وهو وجوب العدة عليها منه كما سيأتي في العدة لو طلقها بائناً بعد الدخول ثم تزوجها ثانياً في العدة وجب كمال المهر الثاني بدون الخلوة والدخول لأن وجوب العدة عليها فوق الخلوة، وينبغي أن يزداد خامس وهو ما لو أزال بكارتها بحجر ونحوه فإن لها كمال المهر كما صرحوا به بخلاف ما إذا أزالها بدفعة فإنه يجب النصف لو طلقها قبل الدخول. ولو دفعها أجنبي فزالت بكارتها وطلقت قبل الدخول وجب نصف المسمى على الزوج وعلى الأجنبي نصف صداق مثلها، وإنما لم يجب مهر المثل إذا سمي دون العشرة كما

بالأمر بالقبض وكان المؤلف لم يره قوله: (وينبغي أن يزداد رابع الخ) فيه أن وجوب العدة وتام المهر عليها في هذه الصورة باعتبار الوطاء السابق لبقاء أثره وهو العدة، وسيأتي في العدة أن هذه المسألة إحدى المسائل العشر المبينة على أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني قوله: (وينبغي أن يزداد خامس الخ) فيه أن الظاهر أن وجوب كمال المهر هنا بسبب الخلوة فإن المتبادر أنه اختلى بها فأزال بكارتها بأصبعه أو حجر وإن إزالتها بالدفعة في غير الخلوة فلذا وجب في الأول التمام وفي الثاني النصف والإبان كان كل منهما في الخلوة أو بدونها فما وجه الفرق بينهما تأمل. ثم رأيت في جنايات الخانية ما يشير إلى ما قلته فإنه ذكر أنه لو دفع امرأته قبل الدخول بها فذهبت عذرتها ثم طلقها قبل الدخول عليه نصف المهر في قول أبي حنيفة وكله في قول محمد وزفر واختلفت الرواية عن أبي يوسف ١ هـ. ومثله في الفتح من هذا الباب. فقله «لو دفع امرأته قبل الدخول» يشير إلى أن مسألة إزالتها بالحجر بعد الدخول. وفي جنايات الفتاوي الهندية عن المحيط: ولو دفع امرأته ولم يدخل بها فذهبت عذرتها ثم طلقها فعليه نصف المهر، ولو دفع امرأة الغير وذهبت عذرتها ثم تزوجها ودخل وجب لها مهران ١ هـ. أي مهر بالدفع ومهر بالنكاح والدخول، ودل كلامه أن الزوج إذا أزاله بكارة زوجته بغير الوطاء لا يلزمه شيء وإنما لزمه هنا نصف المهر بالطلاق قبل الدخول. وبه يعلم أن إزالتها بالحجر أو الأصبع كذلك وإنما لزمه كل المهر لأنه في العادة لا يكون إلا في الخلوة حتى لو ضربها بحجر في غير الخلوة فأزال بكارتها وطلقها قبل الدخول لا يلزمه سوى نصف المهر بحكم النكاح لا بحكم الضرب قوله: (ولو دفعها أجنبي فزالت بكارتها الخ) قال في النهر: وفي جامع الفصولين: تدافعت جارية مع أخرى فزالت بكارتها وجب عليها مهر المثل ١ هـ. وهو بإطلاقه يعم ما لو كانت المدفوعة متزوجة فيستفاد منه وجوبه على الأجنبي كاملاً فيما إذا لم يطلقها الزوج قبل الدخول فتدبره ١ هـ. قال بعض الفضلاء فيه: إن عبارة جامع الفصولين تدل على وجوب كمال مهر المثل مطلقاً من غير تفصيل بين ما إذا طلقها قبل الدخول أو لم يطلقها كما لا يخفى، وحينئذ يعارض إيجاب المؤلف نصف مهر المثل على الأجنبي فيما إذا طلقها الزوج قبل الدخول. هذا وقال في المنح: لكن في جواهر الفتاوى كفتاً: ولو افتض مجنون بكارة امرأة بأصبع وأفضاها فقد أشار في المبسوط والجامع الصغير إذا افتضها كرهاً بأصبع أو حجر أو آلة. مخصوصة حتى أفضاها فعليه المهر، ولكن مشايخنا يذكرون أن هذا وقع سهواً ولا يجب إلا بالآلة الموضوعة لقضاء الشهوة والوطء ويجب الأرض في ماله. ١ هـ كلام المنح فليحرر ١ هـ. قلت: الظاهر أن ما في جامع

أو الموت وبالطلاق قبل الوطء ينتصف وإن لم يسمه أو نفاه فلها مهر مثلها أن وطئ

قال زفر لأن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضياً بالعشرة، فأما ما يرجع إلى حقها فقد رضىت بالعشرة لرضاها بما دونها، ولا معتبر بانعدام التسمية لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرماً ولا ترضى فيه بالعوض اليسير، وقد علم حكم الأكثر بالأولى لأن التقدير في المهر يمنع نقصان فقط. وفي المحيط. والظهيرية: لو تزوجها على ألفين ألف منها لله تعالى أو للخاطب أو لولدي أو لفلان فالمهر ألف لأن هذا استثناء، في كلام واحد. وفي الظهيرية: لو تزوجها على غنم بعينها أن أصوافها لي كان له الصوف استحساناً ولو تزوجها على جارية حبلى على أن ما في بطنها تكون له الجارية وما في بطنها لها هـ. وكأنه لأن الحمل كجزئها فلم يضح استثنائه. وفي الولوالجية والخانية: لو تزوجها على ألف درهم من نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها كان على الزوج قيمة تلك الدراهم يوم كسدت هو المختار، ولو كان مكان النكاح بيعاً فسد البيع لأن الكساد بمنزلة الهلاك وهلاك البذل يوجب فساد البيع بخلاف النكاح هـ.

قوله: (وبالطلاق قبل الدخول ينتصف) أي المسمى لقوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾ [البقرة: ٢٣٧] الآية. والأقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختیار، وفيه عود المعقود عليه إليها سالماً فكان المرجع فيه النص. كذا في الهداية وهو بيان للواقع لأنه جواب سؤال مقدر كما فهمه الشارحون، وتماه في فتح القدير. وشمل الدخول الخلوة لما في المجتبى: ولو يذكر الخلوة مع أنها شرط لما أن اسم الدخول يشملها لأنها دخول حكماً هـ. وظاهر قوله «ينتصف» أن النصف يعود إلى ملك الزوج. وأطلقه وفيه تفصيل، فإن كان المهر لم يسلمه إليها عاد إلى ملك الزوج نصفه بمجرد الطلاق، وإن كان مقبوضاً لها فإنه لا يبطل ملك المرأة في النصف إلا بقضاء أو رضا لأن الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها في النصف، وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض، فأولى أن لا يمنع بقاءه، فلو أعتق الزوج العبد المهر المقبوض بعد الطلاق قبله لم ينفذ في شيء منه،

الفصولين مبني على ما في المبسوط والجامع الصغير قوله: (أي المسمى) هذا بناء على أن ينتصف بالياء. قال في النهر: إلا أن كونه بالتاء الفوقية أولى وأنه لو سمي ما دونها لا ينتصف المسمى فقط. وفي المبسوط وغيره: تزوجها على ثوب قيمته خمسة فطلقها قبل الدخول كان لها نصف الثوب ودرهمان ونصف. وما في الخلاصة: «لو تزوجها على أقل من العشرة أو ثوب قيمته أقل من عشرة كان لها نصف المسمى عند الطلاق قبل الدخول» محمول على هذا قوله: (وظاهر قوله ينتصف الخ) قال في النهر: ومعنى تصنيفها استحقاق الزوج النصف منها لا أنه يعود إلى ملكه كما فهمه في البحر فلا يرد أن هذا إذا لم يكن مقبوضاً لها هـ. ووجهه أن استحقاق النصف أعم من أن يكون نصف العين أو القيمة فلا يحتاج إلى التقييد بخلاف ما ذكره المؤلف.

ولو قضى القاضي بعد ذلك يعود نصفه إلى ملكه لأنه عتق سبق ملكه فلم ينفذ ونفذ عتق المرأة في الكل، وكذا يبيعها وهبتها لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والرضا. وإذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمته للزوج يوم قبضت، ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر حكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالأرث لأنه بدل من جزء من عينها فإن المستوفى بالوطء في حكم العين. وفي الظهيرية: ولو زاد المهر زيادة منفصلة كالولد والثمر والأرث والعقر قبل القبض فكلها تنتصف بالطلاق قبل الدخول، وبعد القبض لا تنتصف وعليها نصف قيمة الأصل يوم قبضت، وكذلك لو ارتدت - والعياذ بالله تعالى - أو قبلت ابن الزوج وإن كانت بدل المنافع كالكسب والغلة والموهوب للمهر فهي للمرأة وليست بمهر عند أبي حنيفة، وعندهما ينتصف مع الأصل. وكذلك على هذا كسب المبيع قبل القبض ولو أجره الزوج فالأجرة له ولزمه التصديق بها والزيادة المتصلة قبل القبض تنتصف بالإجماع، وبعد القبض تنتصف عند محمد خلافاً لهما، والزيادة المنفصلة بعد القبض إذا هلكت ينتصف الأصل دون الزيادة. ولو استولد الزوج الجارية الموهوبة قبل القبض وادعى نسب الولد ثم طلقها قبل الدخول تنتصف الجارية والولد لأن العلوق وجد في ملك الغير فلم تصح الدعوة، وذكر في كتاب الدعوى أنه يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد له لأنه عاد إليه قديم ملكه وعتق نصف الولد بإقراره لأنه جزء منه ويسعى الولد في نصف قيمته للمرأة على الروايتين جميعاً.

ثم اعلم أن حاصل الزيادة في المهر أنها إذا حدثت بعد قبض المرأة ثم طلقها قبل الدخول فإنها لا تنتصف، سواء كانت متصلة متولدة أو منفصلة متولدة أولاً إلا متصلة متولدة عند محمد، وأما إذا حدثت قبل القبض فإن المتولدة تنتصف متصلة أو منفصلة، وغير المتولدة لا تنتصف، وفي خيار العيب الزيادة المتولدة متصلة أو منفصلة غير متولدة فإنها لا تمنع الرد به، والمتصلة غير المتولدة والمنفصلة المتولدة يمنعان الرد به، وفي البيع الفاسد كل زيادة فإنها لا تمنع الاسترداد والفسخ إلا زيادة متصلة غير متولدة، وفي باب الرجوع في الهبة فإن الزيادة المتصلة متولدة أو غير متولدة مانعة من الرجوع والمنفصلة متولدة أو لا غير مانعة، وفي باب الغصب لا يمنع من رد العين إلا الزيادة المتصلة الغير المتولدة التي لا يمكن فصل المغصوب عنها، فلتحفظ هذه المواضع فإنها نفيسة. وأما المتصلة الغير المتولدة كالصبغ في مسألة الزيادة في المهر فخارجة عن البحث. واعلم بأن الأوصاف لا تفرد بالعقد ولا تفرد بضمان العقد، والإتلاف يرد على الأوصاف فأمكن إظهار حكم الإتلاف فيها فنقول: إذا حدث في المهر عيب سماوي إن شاءت أخذته ناقصاً بلا غرمه النقصان، وإن شاءت أخذت

قوله: (بعد الطلاق قبله) الظرفان متعلقان بـ «أعتق» والضمير في «قبلة» للقضاء أو الرضا وأفرد

قيمته يوم العقد، وإن حدث بفعل الزوج فإن شاءت أخذت قيمة النقصان، وإن شاءت أخذت قيمته يوم العقد، وإن حدث بفعل الزوج صارت قابضة، وإن حدث بفعل أجنبي فإن شاءت أخذته وقيمة النقصان من الأجنبي، وإن شاءت أخذته قيمته من الزوج ولا حق لها في النقصان. وإن حدث بفعل المهر فكالآفة السماوية في رواية، وفي ظاهر الرواية هو كحكم جنابة الزوج، والحدوث بفعل المهر أن يكون المهر عبداً فقطع يده أو فقأ عينه، وإذا قبضت المهر فتعيب بفعلها أو بأفة سماوية أو بفعل المهر قبل الطلاق أو بعده قبل الحكم بالرد فإن شاء الزوج أخذ نصفه ولا يضمنها النقصان، وإن شاء ضمنها نصف قيمته صحيحاً يوم القبض، وإن كان ذلك بعد الطلاق والحكم بالرد فللزوج أن يأخذه ونصف الأرش، وإن تعيب بفعل الأجنبي يضمنها نصف القيمة لا غير، وإن تعيب بفعل الزوج فهو بالخيار كما في الأجنبي. كذا في الظهيرية. فصار حاصل وجوه النقصان عشرين، لأنه إما أن يكون بأفة سماوية أو بفعله أو بفعلها أو بفعل المهر أو بفعل الأجنبي، وكل من الخمسة على أربعة لأنه إما أن يكون في يد الزوج أو في يدها قبل الطلاق أو في يدها بعده قبل الحكم بالرد أو بعده بعد الحكم وأحكامها المذكورة، كما أن حاصل وجوه الزيادة ثمانية لأنها إما أن تكون متصلة متولدة أو لا، أو منفصلة متولدة أو لا، وكل منها إما أن تكون في يده أو في يدها والأحكام المذكورة إلا حكم المتصلة الغير المتولدة كالصبيغ لظهور أنها لا تتنصف، وينبغي أن تكون وجوه النقصان خمسة وعشرين، فإن النقصان في يد الزوج أعم من أن يكون قبل الطلاق أو بعده فهي خمسة في خمسة. وإذا ولدت الجارية الموهورة في يد الزوج فهلكا ثم طلقها قبل الدخول بها أخذت نصف قيمة الأم لا غير، وإن قتلها الزوج فإن شاءت ضمنته نصف قيمة الأم يوم العقد، وإن شاءت ضمنته عاقلته نصف قيمتها، وتضمن العاقلة نصف قيمة الولد يوم القتل ولا يضمن الزوج نقصان الولادة إلا أن يكون فاحشاً. ولو تزوجها على زرع بقل فاستحصد الزرع في يدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلا سبيل للزوج على الزرع، ولو تزوجها على عشرين شاة عجفاء فحملت في يدها ودر اللبن في ضرعها ثم طلقها قبل الدخول بها يأخذ الزوج نصفها، ولو تزوجها على أرض قراح على أنها ثلاثون جريباً فإذا هي عشرون إن شاءت أخذت القراح ناقصاً لا غير، وإن شاءت أخذت قيمته ثلاثين جريباً مثل هذه الأرض، ولو تزوجها على نخل صغار فطالت وكبرت في يدها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصفها. نص عليها في المنتقى. قال رحمه الله: وعندي هذا محمول على قول محمد لأن المذهب عنده أن الزيادة المتصلة لا تمنع التنصيف اهـ. ما في الظهيرية بحروفه. وينبغي

الضمير لمكان «أو» قوله: (أو لا) أي أو لم تكن متولدة فيهما ولو قال «سواء كانت متصلة له أو منفصلة متولدة أو لا» لكان أخصر وأظهر.

قبل ذلك فهو زائد في الآية ما ليس فيها وذلك لا يجوز إلا بنص مثله
في الآية على عمومها فيمن قام من النوم وغيره * وعلى أنه قد روى أن الآية
من النوم وقد أطلقت جواز الغسل على سائر الوجوه وقد روى عطاء
بن عباس أنه قال لهم أتحبون أن أريكم كيف كان رسول الله ﷺ يتوضأ
ماء فاغترف بيده اليمنى فتمضمض واستنشق ثم أخذ أخرى فغسل بها
يد أخرى فغسل بها يده اليسرى وذكر الحديث فأخبر في هذا الحديث
الإناء قبل أن يغسلها وهذا يدل على أن غسل اليد قبل إدخالها الإناء
بإيجاب وإن ما في حديث علي وحديث أبي هريرة في غسل اليد قبل
دخولها حديث أبي هريرة في ذلك ظاهر الدلالة على أنه لم يرد به الإيجاب
بإيجاب مما عسى أن يكون قد أصابت يده موضع الاستنجاء وهو قوله فإنه
تت يده فأخبر أن كون النجاسة على يده ليس بيقين ومعلوم أن يده قد
من النوم فهي على أصل طهارتها كمن كان على يقين من الطهارة فأمر النبي
أن يبنى على يقين من الطهارة ويلغى الشك فدل ذلك على أن أمره إذا
فيه يغسل يديه قبل إدخالهما الإناء استحباب ليس بإيجاب وقد ذكر
أن أصحاب عبد الله كانوا إذا ذكر لهم حديث أبي هريرة في أمر المستيقظ
فغسل يديه قبل إدخالهما الإناء قالوا إن أبا هريرة كان مهناراً فما يصنع
قال الأشجعي لأبي هريرة فما تصنع بالمهراس فقال أعوذ بالله من شرك

راس هو صخرة منقورة تسع كثيراً من الماء كما في النهاية .

ثم يكبر ويحمد الله وذكر الحديث فأخبر النبي ﷺ أنه إذا وضع
أجزأه ومواضع الوضوء الأعضاء المذكورة في الآية فأجاز الصلاة
ذكر الترتيب فدل على أن غسل هذه الأعضاء يوجب كمال طهارته لو وضعه
فإن قيل إذا لم يرتب فلم يضع الوضوء مواضعه قيل له هذا غلط
الوضوء معلومة مذكورة في الكتاب فعلى أي وجه حصل الغسل فقد
مواضعه فيجزيه بحكم النبي ﷺ يا كمال طهارته إذا فعل ذلك وبدل عليه
اتفاق الجميع على جواز طهارته لو بدأ من المرفق إلى الزند وقال تعالى
لمرافق فلما لم يجب الترتيب فيما هو مرتب في مقتضى حقيقة اللفظ فما
ترتيبه أخرى أن يجوز وهذه دلالة ظاهرة لا يحتاج معها إلى ذكر علة
ثبت بما وصفنا أن المقصد فيه ليس الترتيب إذ لو كان كذلك لكان ما اقتضى
ولي أن يكون مرتباً وأيضاً يجوز أن يقاس عليها بأنهما جميعاً من أعضاء
الترتيب في أحدهما واجب سقوطه في الآخر وأيضاً لما لم يجب الترتيب
زكاة إذ كل واحدة منهما يجوز سقوطها مع ثبوت فرض الأخرى كان
في الوضوء لجواز سقوط فرض غسل الرجلين لعلته بهما مع لزوم فرض
أيضاً لما لم يستحل جمع هذه الأعضاء في الغسل وجب أن لا يجب فيها
لغة والزكاة وقد روى عن عثمان أنه توضأ فغسل وجهه ثم يديه ثم غسل
ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ توضأ فإن احتجوا بما روى

